

El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos(*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

Ilmo Sr. Decano, señoras, señores:

Constituye para mí un gran honor poder pronunciar esta conferencia en la Universidad de Salamanca, una de las Universidades de mayor antigüedad y prestigio de Europa y en el ciclo organizado en recuerdo y homenaje a mi querido maestro don José Antón Oneca. Me unen, además, a esta Universidad vínculos profundos de afecto, pues en ella no sólo ejerció su magisterio durante muchos años don José Antón Oneca, sino que de esta Universidad salmantina fue también profesor auxiliar y catedrático de Química orgánica mi padre don José Cerezo Giménez.

El tema de mi conferencia de esta tarde es algo árido, por su carácter eminentemente técnico y por ser fiel reflejo del grado de desarrollo y complejidad alcanzados por la dogmática del Derecho penal en los últimos tiempos.

Antes de iniciar mi exposición quiero agradecer al ilustrísimo señor Decano de la Facultad de Derecho y a don José Ortego Costales, director del Departamento de Derecho Penal, su amable invitación.

Elementos del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos.

El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos está integrado, generalmente, en nuestro Código por elementos contenidos en las cláusulas generales de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 o artículo 600 y en las figuras delictivas de los delitos o

(*) Conferencia pronunciada en el Aula de Unamuno de la Universidad de Salamanca el día 11 de noviembre de 1982 en el ciclo organizado en homenaje a don José Antón Oneca.

faltas dolosas correspondientes (1). «El que por imprudencia temeraria» —dice, por ejemplo, el párrafo primero del art. 565— «ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito».

Sujeto activo de los delitos de acción culposos puede serlo generalmente cualquiera (en los arts. 565, núm. 3.º del art. 586 y art. 600 se dice simplemente: «El que...» o «Los que...»), salvo que los delitos o faltas dolosas correspondientes o las figuras concretas de delitos o faltas culposos sean delitos especiales (2).

En el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los medios o la forma de su utilización (3). La dirección finalista de la acción no corresponde a la diligencia debida. Como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o el peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de la acción, no queridos. Existen, por tanto, delitos culposos de resultado y de simple actividad. Ejemplo de los primeros sería el homicidio y de los segundos el falso testimonio por imprudencia (4).

La inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Para que concurra el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos es preciso, en primer lugar, que el resultado o la cualidad de la acción no queridos se hayan producido por imprudencia o negligencia. El Derecho exige para realizar las diversas acciones en la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social (5). La medida del cuidado debido es independiente de la

(1) Con la única excepción de las figuras concretas de delitos o faltas culposos: los delitos de prevaricación del juez (art. 355), del funcionario (párrafo segundo del art. 358), del abogado o procurador (art. 360), de malversación de caudales públicos (art. 395) y la falta de pastoreo abusivo (art. 592).

(2) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*, 2.ª edición, Madrid, Tecnos, 1981. Capítulo XVI, págs. 405-6.

(3) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*. Capítulo XII, págs. 324-5.

(4) Véase mi artículo, *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Barcelona, Bosch, 1983, I, págs. 142-3.

(5) Véase en este sentido WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edición, 1969, págs. 131-2, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1964, págs. 71 y ss., y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1961, págs. 15 y ss.; v. WEBER, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Ferd. Dümmlers Verlag (6), Bonn, 2.ª edición, 1948, págs. 83 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, Separata de la Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, págs. 45 y ss., y *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1974, págs. 404 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª edición,

capacidad de cada individuo. Se trata del cuidado *necesario* para el desarrollo de una actividad social determinada; una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización.

El deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo. No es posible que su contenido se determine en función de la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto. Ello supondría un grave quebranto para la protección de los bienes jurídicos (7). Los penalistas que incluyen en el tipo de lo injusto de los delitos de la acción culposos, la inobservancia de un deber subjetivo de cuidado —que se daría siempre que el sujeto hubiera podido prever la posibilidad de la producción del resultado (8)— se ven obligados, por ello, a recurrir a un criterio obje-

Duncker-Humblot, Berlín, 1978, págs. 457-458 y 467 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte general*, trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. II, págs. 777 y ss. y 796 y ss.); y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª edición, 1978, págs. 127 y ss. Engisch fue el primero que incluyó en el tipo de lo injusto «la inobservancia del cuidado necesario»; véase KARL ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión de la edición de Berlín de 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, pág. 344. La observancia del cuidado objetivamente debido excluye únicamente, según Maurach, la responsabilidad por el hecho, elemento intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª edición, 1971, págs. 554 y ss. (*Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas por Juan Córdoba Roda, II, Barcelona, Ariel, 1962, págs. 237 y ss.). Anteriormente se incluía la inobservancia del cuidado objetivamente debido en la culpa, concebida exclusivamente como forma de la culpabilidad, como elemento objetivo de la misma; véase, por ejemplo, v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 24.ª ed., Berlín, Leipzig, 1922, págs. 184 y ss.; v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, reimp. de la ed. de Berlín, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1971, tomo 2, págs. 361 y ss.; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por J. A. Rodríguez Muñoz, II, Madrid, 1949, págs. 182 y ss., y *Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 8.ª ed., 1958, págs. 187-8, y entre nosotros, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, pág. 219.

(6) Véase, por ejemplo, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1978 (A. 2394), 29 de enero de 1980 (A. 254) y 5 de diciembre de 1980 (A. 4781).

(7) Véase, en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, *Festschrift für F. Schaffstein*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1975, págs. 151-2, y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 217-8.

(8) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, págs. 294 y ss.; G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1972, págs. 64 y ss., y *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, en *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Teherán, 1964, págs. 20-1, nota 45; SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Metzner, 1977, págs. 129 y ss. (n.º 13 y ss.); HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1976, págs. 172 y ss.; y entre nosotros, S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en*

tivo, no sólo para excluir del tipo los supuestos de riesgo permitido (9), sino también para exigir al que no pueda martenerse dentro de los límites de dicho riesgo, al realizar una actividad social determinada (no pueda observar, por ejemplo, las reglas del Código de la Circulación, al conducir un vehículo de motor) que se abstenga de su realización (culpa al asumir la realización de la acción) (10).

Esta construcción tan compleja y contradictoria obedece a la preocupación por la impunidad de las personas que, por estar dotadas de unas facultades excepcionales, puedan observar un cuidado mayor del objetivamente debido. El problema se plantea únicamente en relación con la *capacidad* y no con los *conocimientos especiales* del individuo. Estos últimos son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base, como veremos, para determinar el cuidado objetivamente debido. El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo colocándose el juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, *más las conocidas por el autor* (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, así como *el saber experimental excepcional del autor* (saber nomológico) (11). Stratenwerth cita el ejemplo del cirujano extraordinariamente capacitado que, en una operación peligrosa, se limita a hacer uso de la capacidad y las técnicas imprescindibles para poder llevar a cabo este tipo de operación (12). Su conducta responderá al cuidado objetiva-

el Estado social y democrática de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, págs. 53 y ss., y *adiciones* a la trad. del Tratado de Derecho Penal, de Jescheck, II, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 791.

(9) Véase JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 21, nota 45, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, págs. 294 y ss. (especialmente núms. 1.097 y 1.101) y SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, págs. 132-3.

(10) En esta última contradicción, señalada por Schünemann (véase BERND SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, págs. 167-8) incurren claramente STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, página 296 (n.º 1.105) y HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, págs. 173-4. Stratenwerth pone, ciertamente, como condición que el sujeto pudiera darse cuenta de su incapacidad; si no le fuera posible quedaría excluido, al menos, lo ilícito penal. Este sería el caso, según él, del conductor al que la arterioesclerosis le impide darse cuenta de la disminución de su rapidez de reflejos. Con ello Stratenwerth no sólo no salva, sino que agrava la contradicción en que incurre, pues un mismo conductor estaría sometido en unos casos a un deber objetivo de cuidado —si podía prever su incapacidad de observarlo— y en otros a un deber subjetivo.

(11) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. Capítulo XII, pág. 351 y especialmente nota 48.

(12) Véase STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 294 (n.º 1.098).

mente debido y no está comprendida en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos (homicidio por imprudencia). Esto no quiere decir, sin embargo, que sea necesariamente impune. Si el cirujano no hace uso de su capacidad excepcional o de la técnica que sólo él conoce, a pesar de haber previsto la posibilidad de la muerte del paciente y de evitarla mediante el uso de sus facultades excepcionales, estaremos ante un delito de homicidio doloso por acción (si contaba con la posibilidad de la producción del resultado mortal) o por omisión (si confiaba en que, a pesar de todo, el resultado de muerte no se produjera) (13). En este último caso la omisión es consciente, el sujeto tenía la posibilidad física-real de evitar la producción del resultado y ocupaba, además, la posición de garante (14). Sólo cuando la omisión sea inconsciente (si el cirujano no ha previsto, aunque podría haberlo hecho dada su capacidad excepcional, la complicación mortal o la posibilidad de evitarla mediante la técnica que sólo él conoce) (15), la conducta será impune (16).

(13) Véase, sobre la distinción de los delitos de acción y de omisión, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, págs. 488 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte general, II*, págs. 828 y ss.). En este caso la conducta activa del cirujano, causante del resultado de muerte, no está comprendida en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, pero la no utilización de su excepcional capacidad o de la técnica que sólo él conoce pueden estar comprendidas en los tipos de los delitos de comisión por omisión.

(14) Véase, sobre el tipo de lo injusto de los delitos de comisión por omisión dolosos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 211 y ss.

(15) Welzel incluye aún los supuestos en que el sujeto no conocía, pero podía conocer el medio o modo de evitar la producción del resultado en el tipo de lo injusto de los delitos de comisión por omisión dolosos; véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 212. No me parece convincente, sin embargo, la inclusión de supuestos de omisión *inconsciente* en el tipo de los delitos de comisión por omisión *dolosos*.

(16) Me parece preferible asumir esta limitación del ámbito de la punibilidad que considerar que la mayor capacidad individual, en caso de desarrollo de nuevas técnicas, determine una modificación del cuidado objetivamente debido, como estima SCHÜNEMANN; véase, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, págs. 166-7. La medida del cuidado objetivamente debido se determinaría en función de la excepcional capacidad del cirujano, por ejemplo, que ha descubierto una nueva técnica, de modo que todas las intervenciones de sus colegas que desconozcan dicha técnica serían antijurídicas, pudiendo excluirse únicamente la culpabilidad. Sobre esta consecuencia inadmisibles de la tesis de Schünemann ha llamado la atención STRATENWERTH; véase, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 294, n.º 1.098. Tampoco me parece convincente la solución propuesta por Cramer, de que el cuidado objetivamente debido marcaría el cuidado mínimo exigido por el ordenamiento jurídico, pero las personas que por estar dotadas de una capacidad excepcional, pudieran observar un cuidado mayor estarían obligadas a hacerlo; véase CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 ed., Verlag, C. H. Beck, 1980, págs. 224 y ss. (n.º 135 y ss.). Blei considera, incluso, que el cuidado objetivamente debido exige al que está dotado de una capacidad excepcional hacer uso de dicha capacidad; véase, BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17 ed., Verlag C. H. Beck, 1977, pág. 269 y en sentido similar CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa*, pág. 221, siguiendo a Mir Puig, que

Problemática es la cuestión de si las acciones que responden al cuidado objetivamente debido y causan, no obstante, la lesión de un bien jurídico constituyen un ilícito civil. Si así fuera, ello permitiría quizá afirmar la responsabilidad civil de las personas que por su excepcional capacidad pudieran observar un cuidado mayor del objetivamente debido y su acción no estuviera comprendida en los tipos de los delitos de acción o de comisión por omisión, dolosos o culposos. Lo lógico sería estimar que la acción que responde al cuidado objetivamente debido, es decir al cuidado necesario para evitar la lesión de los bienes jurídicos sea *lícita*, aunque cause la lesión de un bien jurídico y no que quede excluido únicamente lo ilícito penal (17). Nuestros civilistas parten, sin embargo, de la consideración de que, en principio (si no concurre una causa de justificación) es antijurídica toda acción que lesiona un bien jurídico, al interpretar el artículo 1.902 del Código civil («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), lo cual permite explicar la tendencia que se observa en este sector del ordenamiento hacia la responsabilidad objetiva, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil patrimonial derivada de accidentes automovilísticos (arts. 1 y concordantes del Decreto de 21 de marzo de 1968, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962) (18). Al constituir un ilícito civil, en principio, la acción que lesiona un bien jurídico, el sujeto estará obligado a reparar el daño causado si no observa el cuidado que personalmente podía observar, dada su excepcional capacidad, al basarse, al parecer, nuestro Código civil (arts. 1.902 y 1.104), al menos en su orientación originaria, en una concepción de la culpa como infracción de un deber subjetivo de cuidado (19).

se inclinó después, en sus *adiciones* a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Jescheck, II, pág. 791, por la inclusión en el tipo de la infracción de un deber subjetivo de cuidado. Implica una contradicción, como ha señalado Samson, que la capacidad individual de las personas excepcionalmente capacitadas sirva para determinar el contenido del deber de cuidado, mientras que sea indiferente para ello la de las personas que no llegan a alcanzar una capacidad media; véase SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, pág. 131, n.º 146.

(17) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 135, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 26 y ss., cuya opinión no interpreta acertadamente TORIO, en *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1974, fasc. 1.º, páginas 31-2.

(18) Véase en este sentido, TORIO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 37-8; JOSÉ LUIS LACRUZ, *Manual de Derecho Civil*, precedido de una Introducción al Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, páginas 565 y ss.; y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 10.ª ed. revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid, Reus, 1977, págs. 894 y ss. y 900 y ss.

(19) Véase, a este respecto, TORIO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 36 y ss.; JOSÉ LUIS LACRUZ, *Manual de Derecho civil*, pág. 576 y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, págs. 900 y ss.

El argumento que esgrime Stratenwerth (20) en favor de la inclusión en el tipo, de la infracción de un deber subjetivo de cuidado, de que también aquí, como en la omisión, el sujeto ha de tener la capacidad de obrar conforme a Derecho, no me parece convincente. En los delitos de comisión por omisión se imputa al sujeto un resultado que (generalmente) no ha causado, cuando, ocupando una posición de garante del bien jurídico en peligro, no evita la producción del resultado pudiendo hacerlo (siendo, además, la omisión equivalente a la acción desde el punto de vista de los tipos de lo injusto)). En los delitos de acción culposos se exige al autor, al realizar una acción, que observe el cuidado objetivamente debido. En caso de no poder observar dicho cuidado está obligado a abstenerse de realizar la acción. El sujeto tiene, pues, siempre la posibilidad de obrar conforme a Derecho. Esto sucede en todos los delitos de acción (dolosos o culposos), pues en ellos lo injusto viene determinado por la infracción de una prohibición (21) y el sujeto siempre puede abstenerse de realizar la acción prohibida. En los delitos de omisión, en cambio, lo injusto viene determinado por la infracción de un mandato y es preciso que el sujeto tenga la capacidad de realizar la acción exigida (22). La objeción de Jakobs y Samson (23) de que el sujeto que no pueda prever la posibilidad de la producción del resultado, sólo podrá abstenerse de realizar la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y, por tanto, prestar obediencia a la norma, de un modo ciego y no por el motivo de evitar la producción del resultado, transformándose los delitos culposos de resultado en meros delitos de desobediencia, no me parece tampoco convincente. El inimputable —el enajenado, el menor, el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción— no podrá tampoco en ocasiones prever la posibilidad de la producción del resultado (24) y el que se encuentre en un error de prohibición invencible carecerá también de motivo para abstenerse de realizar la acción prohibida. El planteamiento de Jakobs y Samson lleva, sin duda, a una confusión de lo injusto y la culpabilidad (25).

(20) Véase STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, págs. 294-5 (n.º 1.097 y 1.099) y, en el mismo sentido, S. MIR PUIG, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Jescheck, II, pág. 791.

(21) En los delitos dolosos de acción la norma prohíbe la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción del resultado delictivo y en los delitos culposos de acción la norma prohíbe la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido.

(22) Véase, en este sentido, ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, págs. 46-7.

(23) Véase JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, págs. 65-6, y SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, pág. 131, n.º 14 a.

(24) Véase, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa*, pág. 219.

(25) Como ha señalado B. SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdomagik?*, págs. 160 y ss.

La inclusión en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, de la infracción de un deber subjetivo de cuidado, dificultaría la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales —su aplicación exige la realización de una acción típica y antijurídica— pues si el sujeto hubiera observado el cuidado para el que estaba capacitado realizaría una conducta atípica (26). La cuestión tendrá especial trascendencia en el futuro Código penal español, donde se incluyen únicamente medidas de seguridad postdelictuales (artículo 131 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y se establece la medida de seguridad de privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años, que tendrá carácter definitivo en los casos en que el Tribunal declare la grave peligrosidad del sujeto para el tráfico, para los delinquentes habituales en los delitos culposos (art. 151) (27).

El criterio de Gössel, de incluir en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos la previsión o previsibilidad por el sujeto no sólo de la producción del resultado, sino de la concurrencia de los restantes elementos objetivos del tipo, entre los que incluye la inobservancia del cuidado objetivo-general (lo que Gössel denomina el elemento objetivo de la evitabilidad), no me parece convincente (28). No cabe hablar de un tipo subjetivo de los delitos de acción culposos, paralelo al tipo subjetivo de los delitos de acción dolosos, pues sólo en los supuestos de culpa consciente existe un nexo psicológico entre el sujeto y los elementos objetivos del tipo, faltando por completo en la culpa inconsciente. Por otra parte, no hay inconveniente alguno en incluir el nexo psicológico existente en la culpa consciente, en la culpabilidad, aunque concibamos ésta, de acuerdo con la teoría normativa, como reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (29). Los presupuestos fácticos del juicio de reproche están comprendidos no sólo en la tipicidad y antijuridicidad, sino en la propia culpabilidad, como sucede con la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad. La distinción de la valoración y el objeto de la misma es posible y obligada *lógicamente*, pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración. El problema consiste, más que en la distinción de la valoración y el objeto de la misma (30), en la *inserción correcta* de los ele-

(26) Véase, en este sentido, JESCHÉCK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pág. 458 (*Tratado de Derecho Penal, Parte general*, II, pág. 778).

(27) Según el párrafo segundo del art. 151: «A los efectos de este artículo se considerarán habituales los que hubiesen sido condenados por tres o más delitos de aquella clase cometidos dentro de un plazo no superior a cinco años y no cancelados registralmente».

(28) Véase GÖSSEL, *Norm und fahrlässiges Verbrechen*, en *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 1978, págs. 51-2, y en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, 5.ª ed., 1978, C. F. Müller Verlag, págs. 65-66, 72 y ss. y 93 y ss.

(29) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XI, págs. 306-7.

(30) Como supone GÖSSEL, en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, pág. 98.

mentos fácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito (31). No es cierto, además, como cree Gössel (32) que la previsión o previsibilidad *por el sujeto* de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo sea condición indispensable para la *evitabilidad general* de la producción de la lesión del bien jurídico. La acción será contraria al cuidado *objetivo-general* aunque el sujeto no hubiera previsto o podido prever la concurrencia de los elementos objetivos del tipo.

La determinación del cuidado objetivamente debido debe realizarse con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos (33).

El cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción (34). Sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible (causalidad adecuada) será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación de causalidad estará comprendida en el tipo de los delitos de acción culposos (35).

(31) Véase ya en este sentido mi nota 22 a la traducción de *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de H. Welzel, Barcelona, Ariel, 1964, pág. 83.

(32) Véase GÖSSEL, en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, pág. 94.

(33) Véase, en este sentido, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 132, y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71; y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pág. 468 (*Tratado de Derecho Penal, Parte general, II*, pág. 797).

(34) Véase, en este sentido, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, págs. 283 y ss., y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 132, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 16-7.

(35) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 46. Excluyen también del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos los resultados que no fueran objetivamente previsibles («inadecuados»), pero al margen del concepto del cuidado debido, no sólo los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada o de la llamada teoría de la relevancia (véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. Capítulo XIII, págs. 350 y ss.), sino también STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., pág. 295 (n.º 1.100), SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Metzner, 1977, pág. 134 (n.º 24), WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., pág. 128, CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 ed., pág. 223 (n.º 133) y, en general, todos los penalistas que exigen para la imputación objetiva de los resultados, que éstos aparezcan como realización del peligro creado o incrementado por la acción (véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. Capítulo XVI, pág. 393, nota 9). El Tribunal Supremo español, en la trascendental sentencia de 20 de mayo de 1981 (A. 2247) considera que la causalidad adecuada es un criterio de la imputación objetiva de resultados, una vez determinada la relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de condiciones. Esta restricción de la imputación objetiva del resultado está justificada, a mi juicio, únicamente en los delitos calificados por el resultado (véase mi *Curso de Derecho Penal español. Parte general, I. Introducción. Teoría*

Ahora bien, no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo supone una infracción del cuidado objetivamente debido. En las modernas sociedades industrializadas es imposible prohibir toda acción que implique un peligro de lesión de los bienes jurídicos (36). Este criterio no inspira, además, nuestro Derecho positivo, que permite el desarrollo de innumerables actividades peligrosas —tráfico motorizado, explotaciones de minas, canteras, centrales nucleares, etc.— siempre que se observen determinadas normas de cuidado (Código de la circulación, legislación minera, Ordenanza general de higiene y seguridad en el trabajo, Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, ordenanzas municipales de construcción, Reglamento de armas, Reglamento de explosivos, Ley de 29 de julio de 1964 que regula la utilización de la energía nuclear, Ley de protección del ambiente atmosférico de 22 de diciembre de 1972, etc.). Es preciso completar, por ello, como dice Welzel, el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido. Sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata (37).

jurídica del delito/I. Capítulo XVI, págs. 392 y ss.) y en el tipo de los delitos de acción culposos. En estos últimos por no poderse apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido si el resultado no era objetivamente previsible. Lo que resulta inaceptable, en todo caso, es incluir, como hace el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada, entre los criterios de la imputación objetiva de resultados la teoría de la causa eficiente, pues aparte de la dificultad de distinguir entre causa y meras condiciones, ello nos llevaría a resultados sumamente insatisfactorios, como se puso de manifiesto en la crítica de dicha doctrina causal (véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XIII, pág. 350). El criterio de la consecuencia natural, invocado también por el Tribunal Supremo como límite de la imputación objetiva de resultados, resulta sumamente impreciso (véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XIII, págs. 346 y ss.) y resulta supérfluo si se exige para la imputación objetiva de un resultado, en los delitos de acción dolosos y culposos, que esté comprendido en el ámbito de protección de la norma (véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XVI, págs. 394-5 y las págs. 29 y ss. del presente artículo) y en los delitos culposos, además, que el resultado se hubiera producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (véase págs. 25 y ss. del presente artículo).

(36) No es posible renunciar, por ello, a la inobservancia del cuidado objetivamente debido como elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, como proponen SCHMIDHAUSER (*Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltsflichtverletzung, Festschrift für F. Schafftein*, págs. 13¹ y ss.) y F. C. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., 1980, art. 16, n.º 157 y ss.) que consideran suficiente la previsibilidad objetiva del resultado para fundamentar el desvalor de la acción de estos delitos.

(37) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 132-3, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71 y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 17. Jescheck habla de una persona inteligente y responsable, o sensata y responsable del círculo social del autor; véase, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., págs. 457 y 468 (*Tratado de Derecho*

El cuidado objetivamente debido está determinado en ocasiones en disposiciones de carácter administrativo, como las anteriormente mencionadas y otras referentes al desempeño de ciertas profesiones. El ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas (lex artis) que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión. Estas normas de cuidado, así como otras derivadas de la común experiencia, rigen, sin embargo, únicamente para las situaciones típicas en el desarrollo de una actividad social determinada (38).

En las actividades sociales en que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, es preciso determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social (39). En una situación atípica, en el tráfico motorizado, por ejemplo, el cuidado objetivamente debido puede exigir, incluso, la infracción de un precepto, en este caso del Código de la circulación. Si un vehículo circula por su derecha y viene otro en dirección contraria, por el mismo lado de la calzada y no se aparta, el cuidado objetivamente debido puede exigir el paso al lado izquierdo (si no viene otro vehículo en dirección contraria por ese lado de la calzada) o invadir el arcén (40).

Penal, Parte General, II, pág. 777-8 y 798). La distinción entre cuidado interno (deber de prever el peligro del bien jurídico protegido) y externo, que hace JESCHECK (véase *Lehrbuch*, págs. 468 y ss., *Treatado II*, págs. 797 y ss.), siguiendo a ENGISCH (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, págs. 269 y ss.) me parece superflua, pues el ámbito del deber de cuidado interno, del deber de prestar atención, se determina también según la capacidad de una persona sensata y responsable del círculo social del autor, en la situación concreta. Es indiferente, por otra parte, que la infracción del cuidado objetivamente debido consista o no en la infracción del deber de prestar atención.

(38) Véase, en este sentido, especialmente, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 133-4, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 72-3, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 18-9; y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., págs. 559 y ss.

(39) No es posible basar, por ello, fundamentalmente la determinación del cuidado objetivamente debido en el entramado de reglas sociales, jurídicas o extrajurídicas, como propugna GÖSSEL, véase MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, págs. 74 y ss.

(40) En estas «maniobras de fortuna» se advierte ya claramente cómo no es posible equiparar el cuidado objetivamente debido y la adecuación social, como pretenden, por ejemplo, WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, pág. 132, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 17), ARMIN KAUFMANN (*Das fahrlässige Delikt*, pág. 50), GÖSSEL (en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, págs. 75-6) y JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., pág. 202, *Treatado de Derecho Penal, Parte General*, 1, págs. 341-2). Según Welzel, sólo infringen el cuidado objetivamente debido aquellas acciones peligrosas que rebasan la medida de lo «normal en el tráfico», de «lo socialmente adecuado». Puede haber, sin embargo, acciones socialmente inadecuadas (que queden fuera del orden social, histórico, «normal», de la comunidad y que respondan, no obstante, al cuidado objetivamente debido. Véase también, en este sentido, HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, Z. Str. W. tomo 74, 1962, págs. 94 y ss.

En la determinación del cuidado objetivamente debido juega un papel muy importante el llamado principio de la confianza, desarrollado en Alemania, en relación con el tráfico motorizado, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (41) y que ha hallado también acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de nuestro país (42). Un conductor puede confiar en que todas las demás personas que participen en el tráfico (conductores y peatones), observen el cuidado objetivamente debido *mientras que por las circunstancias del caso concreto no tenga motivos para pensar lo contrario* (porque el peatón u otro conductor inicie o parezca disponerse a realizar una acción que no responda al cuidado objetivamente debido, o se trate de un anciano, una persona ebria, o un menor, por ejemplo) (43).

No es suficiente, sin embargo, como estima nuestro Tribunal Supremo, con que la conducta imprudente de otra persona sea previsible por el sujeto para que quede excluida la aplicación del principio de confianza (44). El Tribunal Supremo estima que de ser previsible la conducta imprudente de otra persona, la aplicación del principio de la confianza queda excluida por impedirlo el principio de conducción dirigida o de seguridad de la conducción, que establece el párrafo preliminar o introductorio del artículo 17 del Código de la circulación. De acuerdo con el art. 17 del Código de la circulación: «Los conductores de vehículos deben ser dueños,

(41) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 132 y ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 72-3 y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 18-9; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., págs. 562 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., págs. 306 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., págs. 227 y ss. (n.º 147 y ss); y KLAUS KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, Duncker-Humblot, Berlín, 1980.

(42) Véase, por ejemplo, las sentencias de 5 de febrero de 1973 (A. 602), 2 de febrero de 1978 (A. 326), 29 de mayo de 1978 (A. 2043), 19 de noviembre de 1979 (A. 4388), 27 de octubre de 1979 (A. 3760) y 21 de enero de 1980 (A. 112).

(43) En relación con estos últimos casos el Tribunal Supremo declara, acertadamente, que el principio de la confianza queda «excepcionado por el de defensa que ampara a personas que como los ancianos, los niños o incapacitados de algún modo, pueden reaccionar y de hecho reaccionan en la emergencia circulatoria en que se ven envueltos de manera *anormal*» (Sentencia de 28 de noviembre de 1974, A. 4772, de la que fue ponente el ilustre magistrado D. Fernando Díaz Palos), véase también las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 17 de abril de 1978 (A. 377 y 1430).

(44) Véase también, en este sentido, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, Revista de Derecho de la Circulación, julio-agosto, 1981, págs. 345-6. El Tribunal Supremo ha seguido manteniendo el mismo criterio en sentencias posteriores a las citadas por Zugaldía; véase, por ejemplo, las de 14 de marzo y 30 de junio de 1980 (A. 1126 y 3068). En las sentencias de 15 de octubre de 1979 (A. 3598) y 21 de noviembre de 1980 (A. 4527) el Tribunal Supremo niega acertadamente la aplicación del principio de confianza, pero no porque el autor tenía motivos para esperar una conducta imprudente de la víctima, sino porque infringió el principio de conducción dirigida.

en todo momento, del movimiento de los mismos y están obligados a moderar la marcha y, si preciso fuera, a detenerla, en donde lo ordene la autoridad competente, cuando las circunstancias del tráfico, del camino, de la visibilidad o de los propios vehículos, prudencialmente lo impongan para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios, y, especialmente en las siguientes ocasiones...». El comportamiento imprudente de otra persona es siempre objetivamente previsible, sin embargo y lo sería casi siempre para el sujeto (45). Por otra parte, no supone una infracción del cuidado objetivamente debido toda acción en la que sea objetivamente previsible —por serlo en este caso la conducta imprudente de otra persona— la producción de un resultado delictivo. El principio de la confianza sirve para determinar precisamente el cuidado objetivamente debido en los casos en que la producción del resultado es objetivamente previsible; sirve para determinar la conducta que seguiría en esa situación una persona inteligente y sensata.

Sólo puede invocar el principio de confianza aquel conductor que observe el cuidado objetivamente debido (46).

El principio de confianza es aplicable también fuera del ámbito del tráfico motorizado, en todas las actividades realizadas por un equipo de personas, de acuerdo con el principio de división del

(45) Sumamente interesante es la afirmación que se hace en uno de los considerandos de la sentencia de 19 de noviembre de 1979 (A. 4388), de la que fue ponente D. Luis Vivas Marzal: «y por otra, que el mandato contenido en el artículo 17 del C. Cir., según el cual los conductores han de ser, en todo momento, dueños de los movimientos de su vehículo, es tan genérico como bien intencionado, pero su cumplimiento estricto sin discriminación y sin matizaciones llevaría a una prohibición abstracta de los accidentes de circulación, y quizás a la de la circulación misma, pugnando con los principios de atribuibilidad y de reprochabilidad dolosa y culposa». No me parece correcto tampoco, por ello, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo alemán, en algunas sentencias, de que no cabe invocar el principio de confianza frente a infracciones de reglas de tráfico especialmente frecuentes desde el punto de vista estadístico; véase también en contra de este criterio, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 306 (n.º 1157-8) y JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, págs. 18 y ss.; de otra opinión, SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pág. 133 (n.º 21) (y en parte, SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, pág. 228 (n.º 149).

(46) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 308 (n.º 1161); SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., pág. 228 (n.º 150) y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pág. 249. Este es el criterio que mantiene también el Tribunal Supremo alemán véase, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 133, y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., pág. 563. El Tribunal Supremo español, en cambio, admite en ocasiones, como ha puesto de manifiesto Zugaldía, la invocación del principio de confianza cuando el autor no ha observado el cuidado objetivamente debido: véase, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., págs. 345-6 y las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1979 (A. 3134), 15 de octubre de 1979 (A. 3670), 20 de junio de 1980 (A. 2642) y 25 de febrero de 1981 (A. 784).

trabajo, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas (47). El cirujano puede confiar en que el personal auxiliar (anestelistas, enfermeras, ayudantes) observan el cuidado objetivamente debido, mientras que, dadas las circunstancias del caso concreto, no tenga motivos para pensar lo contrario (48). El principio de confianza sólo es aplicable en este caso, sin embargo, si el cirujano ha observado el cuidado objetivamente debido al distribuir las tareas, al coordinar la labor del equipo, al seleccionar al personal auxiliar y al supervisar sus primeras actuaciones. Cuanto menor sea la preparación real y la experiencia de sus colaboradores, mayor será el deber de supervisión del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza. El personal auxiliar puede confiar, a su vez, en la corrección de las instrucciones recibidas del cirujano mientras que, dadas las circunstancias concretas del caso, no tenga motivos para dudar de la misma.

A la inclusión de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos no cabe objetar (49) las limitaciones que ello implica del principio de legalidad de los delitos y de las penas (50). Es cierto que los tipos de los delitos culposos tienen que ser completados por el juez, pero éste encuentra una directriz clara en el concepto del cuidado objetivamente debido para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. Para el ciudadano puede ser más fácil el conocimiento del cuidado objetivamente debido que del contenido de una ley (51). Por otra parte, el problema se desplaza únicamente si se relega la inobservancia del cuidado objetivamente debido a la culpabilidad y se encubre si se prescinde, incluso en la culpabilidad, del concepto de un cuidado objetivamente debido y se atiende exclusivamente a la previsibilidad subjetiva del resultado. Pues es indudable que no puede admitirse la existencia de culpa en todo caso en que el autor pudiera prever y evitar la producción del resultado.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido, o mejor dicho, la realización de una acción que no responda al cuidado

(47) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 133, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 307 y *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Festgabe für Eb. Schmidt*, Vandenhoeck Ruprecht, 1961, págs. 383 y ss.; CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 248 y ss.; y la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979 (A. 3577).

(48) Este era el caso en el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979 (A. 3577) («al prestar el anestesista sus funciones a dos pacientes de forma simultánea»).

(49) Como hace RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, 8.ª ed., Madrid, 1981, pág. 456.

(50) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción. Teoría Jurídica del Delito*/1. Capítulo VII, págs. 200-1.

(51) Véase, en este sentido, H. MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, 1967, pág. 129 y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., pág. 457 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General, II*, pág. 778).

objetivamente debido es el primer elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. Este criterio, que ha hallado amplia acogida en la moderna Ciencia del Derecho penal española (52), es seguido en numerosa sentencia por el Tribunal Supremo, a partir de las ya famosas de 11 y 16 de junio de 1964 (A. 3.068 y 3.146) (53). Si una acción responde al cuidado objetivamente

(52) Véase, en este sentido, mis artículos, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1961, fasc. 1.º, págs. 64, 65 y 68 y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, Nuevo pensamiento penal, año 1, 1972, n.º 2.º, mayo-agosto, págs. 239 y ss. (*Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º, págs. 1060 y ss.), incluidos en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 76, 77 y 80, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90 y ss., *notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, II, págs. 257 y ss., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, Z. Str. W., tomo 81, 1969, fasc. 2.º, págs. 432 y ss.; BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1963, págs. 22, 24 y ss., 27 y ss., y 32 y ss.; GIMBERNAT, *La causalidad en Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal, 1962, págs. 567-8, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 87-8, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª edición, Madrid, Civitas, 1981, págs. 145-6, nota 40 e *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, 1979, pág. 127; CONDE PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1962, fasc. 2.º, pág. 277; RUPERTO NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, Universidad de Salamanca, 1975, págs. 34, 49-50, 58-9 y 104; A. TORÍO, *El conocimiento de la antijuricidad en los delitos culposos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, fasc. 1.º, pág. 87 (con anterioridad estimaba Torío, que la observancia del cuidado objetivamente debido operaba como límite de la culpabilidad, mientras que la fundamentación de la misma dependía «por el contrario, de que el sujeto no haya observado la prudencia, diligencia o pericia que le era personalmente posible»; véase A. TORÍO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 54 y ss.); ALFONSO GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, fasc. 3.º, pág. 640; CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 211 y ss., y acerca de la determinación del cuidado objetivamente debido en las actividades médico-quirúrgicas curativas, véase, su magnífico y detenido estudio en las págs. 231 y ss.; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones*, separata de Cuadernos de Política Criminal, 1981, pág. 215 y JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lugar citado, págs. 341 y ss., especialmente pág. 343, nota 5.

(53) En esta última, el Tribunal Supremo declaró que: «si en la realización del delito culposo cabe distinguir una parte atinente a la acción típicamente antijurídica y otra perteneciente a la culpabilidad, constituida, la primera, por la violación objetiva de un deber de diligencia exigible en el tráfico, productora de un resultado y consistente la segunda en la reprochabilidad personal de la conducta típicamente antijurídica, atendidas las características subjetivas del agente y las circunstancias que configuran concretamente el hecho». Véase también, en este sentido, las sentencias de 13 y 30 de

debido está excluida del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos (54).

Nuestro Código distingue, en el artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600, la imprudencia temeraria y la simple impru-

octubre y 12 y 25 de noviembre de 1964 (A. 4289, 4599, 4750 y 4952), 23 de septiembre de 1965 (A. 3842), 9 de mayo de 1966 (A. 2338), 25 de febrero, 12 de marzo, 2 de mayo y 30 de septiembre de 1969 (A. 1102, 1455, 2602 y 4190), 9 y 16 de abril, 4 de mayo y 16 de octubre de 1970 (A. 1465, 1840, 2085 y 4159) y en la jurisprudencia más reciente las de 16 de junio de 1978 y 9 de octubre de 1978 (A. 2396 y 3125), 2 de marzo, 16 de marzo, 5 y 30 de abril, 11 de octubre y 2 de noviembre de 1979 (A. 1290, 1295, 1615, 1738, 3577 y 3800), 23 de febrero, 6 de marzo, 20 de marzo, 9 de mayo, 2 de julio y 21 de noviembre de 1980 (A. 764, 947, 1166, 1832, 3099 y 4532), 5 de febrero y 8 de junio de 1981 (A. 491 y 2625). Siguen, en cambio, la antigua concepción de (toda) la culpa como una forma de la culpabilidad, las sentencias de 30 de enero y 23 de octubre de 1970 (A. 786 y 4192), 19 de junio y 19 de diciembre de 1978 (A. 2612 y 4232), 28 de junio de 1980 (A. 3064) y 30 de enero, 13 de febrero y 16 de junio de 1981 (A. 225, 657 y 2744) y 26 de febrero de 1982 (A. 855). Con frecuencia el Tribunal Supremo hace referencia a la infracción del deber objetivo de cuidado sin prejuzgar su inserción sistemática, en el tipo de lo injusto o en la culpabilidad (como elemento objetivo de la culpa).

(54) Rodríguez Mourullo considera, en cambio, que la inobservancia del cuidado objetivamente debido no es un elemento del tipo, sino de la antijuricidad del delito culposo; véase G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1977, págs. 340 y ss. Con ello incurre en contradicción, sin embargo, con su concepto del tipo, en el que incluye todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una conducta delictiva (véase *Derecho Penal, Parte General*, págs. 238 y ss. y 253). Partiendo de este concepto del tipo, que comparto (véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito* I, Capítulo XV, págs. 386 y ss.) resulta también rechazable la consideración de la observancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido, como una causa de justificación; tesis mantenida actualmente en Alemania por el Tribunal Supremo (en el tráfico motorizado), por BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., págs. 270 y ss. y 290-1 y SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª ed., 1975, págs. 300 y ss. y *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1982, págs. 172 y ss. (para ambos se trata de una causa de justificación aplicable también a los delitos dolosos). Por otra parte, si la observancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido fuera una causa de justificación, la conducta que se mantuviera dentro de estos límites no sólo no constituiría un ilícito penal, sino que sería lícita y no podría derivarse de ella una responsabilidad civil. Ello estaría en flagrante contradicción, sin embargo, con el criterio que inspira nuestro Derecho civil (véase la pág. 6 de este artículo y Torío, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 32-3 y 42-3). La distinción que hace Jescheck entre la observancia del cuidado objetivamente debido (que excluye el tipo de los delitos culposos) y el riesgo permitido como causa de justificación, aplicable a ciertos supuestos de delitos dolosos y culposos (véase *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 323 y ss. y 479-80, *Tratado de Derecho Penal*, I, págs. 554 y ss. y II, págs. 814-5), apenas ha hallado eco en la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana (véase, no obstante, en el mismo sentido, LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar* 20.ª ed., págs. 430 y ss.) y es completamente innecesaria en nuestro Derecho Penal, pues en los casos por él mencionados cabe aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (n.º 11 del art. 8.º) (en los supuestos de peligro para el honor por afirmaciones realizadas en defensa de intereses justos)

dencia o negligencia, con o sin infracción de reglamentos (55) La imprudencia temeraria se diferencia de la simple en la gravedad de la infracción del cuidado objetivamente debido. La imprudencia temeraria supone una infracción especialmente grave del deber objetivo de cuidado. Se trata, por tanto, de una diferencia en el plano de lo injusto, que determina la existencia de tipos delictivos diferentes (por ejemplo, homicidio por imprudencia temeraria y homicidio por simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos). Dentro de la imprudencia temeraria y la simple la culpabilidad podrá ser, a su vez, mayor o menor y dará lugar a la imposición de una pena concreta dentro del marco penal establecido en el Código para los tipos delictivos correspondientes (en principio, prisión menor o arresto mayor). Si la infracción del cuidado objetivamente debido es leve, en la acción no podrá apreciarse una imprudencia temeraria, aunque la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica fuera en el caso concreto elevada (por ser el sujeto plenamente imputable, haber previsto la posibilidad de la producción del resultado, actuar con conciencia de la infracción del cuidado objetivamente debido y serle plenamente exigible la obediencia al Derecho). No es que la imprudencia temeraria y la simple impliquen únicamente, como cree Córdoba Roda, un juicio de antijuridicidad (56), pues en la imprudencia y por tanto, en la imprudencia temeraria y en la simple se distingue un elemento objetivo, la inobservancia del cuidado objetivamente debido, que pertenece al tipo de lo injusto y la capacidad individual de observar el cuidado objetivamente debido que pertenece a la culpabilidad (57).

o la eximente de estado de necesidad (n.º 7 del art. 8.º). Véase, a este respecto, S. MIR PUIG, *adiciones* a su traducción del Tratado de Derecho Penal, de Jescheck, I, págs. 557-8, que considera que en la mayor parte de los casos mencionados por Jescheck sería aplicable la eximente de estado de necesidad. HRSCH considera que también en el Derecho Penal alemán es innecesaria esta causa de justificación independiente; véase *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 9.ª ed., comentario precedente al artículo 51, n.º 26.

(55) En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1980 se simplifica esta clasificación, sustituyéndola por la de imprudencia o culpa grave y leve; véase, los artículos 175, 661, 282 y 668. No me parece acertada, en cambio, la propuesta de algunos destacados penalistas españoles de suprimir la diferencia entre la imprudencia temeraria y la simple, al existir entre ellas únicamente, como veremos, diferencias cuantitativas; véase, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pág. 988 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, pág. 281, *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 300 y *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., pág. 1067.

(56) Véase CÓRDOBA RODA, *Notas* a su traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach, II, págs. 258-9, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90-1 y *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht* Z. Str. W., tomo 81, 1969, fasc. 2, págs. 432-3.

(57) La exigencia de culpabilidad se deriva únicamente, según Córdoba Roda, de la exigencia general de culpabilidad contenida, según él, en el término voluntarias del párrafo primero del artículo 1.º. El argumento de Córdoba de que en los artículos 355, 358 y 360 el Código, distingue entre la negligencia y la excusabilidad de la misma carece de fuerza, como ha señalado RODRÍGUEZ MOURULLO (véase, *La imprudencia simple sin infracción de regla-*

No me parece convincente, por ello, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia más moderna, según el cual, la calificación de la imprudencia en temeraria o simple puede venir determinada por la mayor o menor gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado o de la culpabilidad (58).

Es evidente, por otra parte, que la clasificación de la imprudencia en temeraria o simple no puede identificarse con la distinción

mentos en el Código penal, págs. 672 y ss.). El Código se vale en estas figuras delictivas de los términos negligencia o ignorancia inexcusables para restringir el ámbito de la imprudencia punible, exigiendo que se trate de una imprudencia de especial gravedad (véase mi artículo *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, págs. 135-6.

(58) Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1971 (A. 2745), 5 de junio de 1972 (A. 2918); 27 de octubre de 1972 (A. 4189), 29 de enero de 1973 (A. 330), 14 de febrero de 1973 (A. 712), 15 de febrero de 1973 (A. 751), 12 de mayo de 1973 (A. 2406), 15 de febrero de 1974 (A. 768), 22 de marzo de 1974 (A. 1423), 6 de abril de 1974 (A. 1823), 18 de mayo de 1974 (A. 2369), 27 de enero de 1978 (A. 109), 17 de marzo de 1978 (A. 1018), 20 de abril de 1978 (A. 1470), 26 de abril de 1978 (A. 1489), 2 de mayo de 1978 (A. 1846), 17 de mayo de 1978 (A. 1968), 2 de junio de 1978 (A. 2227), 19 de junio de 1978 (A. 2611), 29 de septiembre de 1978 (A. 2950), 3 de octubre de 1978 (A. 3082), 12 de diciembre de 1978 (A. 3927), 19 de diciembre de 1978 (A. 4230), 20 de diciembre de 1978 (A. 4233), 19 de enero de 1979 (A. 122), 23 de enero de 1979 (A. 164), 8 de febrero de 1979 (A. 413), 5 de abril de 1979 (A. 1615), 30 de abril de 1979 (A. 1704), 24 de septiembre de 1979 (A. 3130), 11 de octubre de 1979 (A. 3577), 2 de noviembre de 1979 (A. 3800), 7 de noviembre de 1979 (A. 3869), 22 de noviembre de 1979 (A. 4474), 24 de noviembre de 1979 (A. 4398), 17 de diciembre de 1979 (A. 4611), 22 de diciembre de 1979 (A. 4635), 18 de febrero de 1980 (A. 487), 6 de marzo de 1980 (A. 947) 7 de marzo de 1980 (A. 1028), 12 de marzo de 1980 (A. 1119), 20 de marzo de 1980 (A. 1166), 24 de abril de 1980 (A. 758), 19 de mayo de 1980 (A. 2053), 13 de junio de 1980 (A. 2757), 20 de junio de 1980 (A. 2613), 27 de octubre de 1980 (A. 3884), 20 de noviembre de 1980 (A. 4523), 21 de noviembre de 1980 (A. 4532), 12 de diciembre de 1980 (A. 4927), 15 de enero de 1981 (A. 136), 27 de enero de 1981 (A. 247), 25 de febrero de 1981 (A. 784), 26 de febrero de 1981 (A. 786), 25 de marzo de 1981 (A. 1221), 28 de mayo de 1981 (A. 2291), 26 de junio de 1981 (A. 2798), 26 de diciembre de 1981 (A. 5230) y 22 de febrero de 1982 (A. 806). En las sentencias subrayadas el Tribunal Supremo atribuye expresamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido a la antijuricidad. Así, por ejemplo, en la sentencia de 6 de marzo de 1980 (A. 947) se declara: «Que la tipología delictiva de la imprudencia reclama para la existencia de las infracciones punitivas, según doctrina jurisprudencial de esta Sala —SS. 10 marzo 1947 (R. 983), 17 marzo 1978 (R. 1018) y 5 abril 1979 (R. 1615)— una conducta activa u omisiva, que intervenga en el resultado dañoso para el bien protegido penalmente, de acuerdo con los principios básicos determinantes de la relación causal; una culpabilidad impregnada de cierta falta de diligencia para evitar la realización del resultado que se presente como previsible, es decir, como susceptible de realizarse; y una antijuricidad marcada por la infracción de determinados deberes impuestos, bien por las normas generales de la convivencia humana, o por las que rigen actividades específicas. De la mayor o menor intensidad de estos elementos surgen los diferentes grados de la imprudencia y sus clases, susceptibles de ser apreciados por el Órgano jurisdiccional a través de la conjugación tanto del elemento subjetivo de la culpabilidad —mayor o menor falta de diligencia, y mayor o menor previsibilidad del resultado por parte del agente— como del elemento objetivo —mayor o menor exigencia normativa de los deberes impuestos

entre la culpa consciente e inconsciente (59). La culpa puede ser inconsciente, es decir, el sujeto no haber previsto, pudiendo hacerlo, la posibilidad de la producción del resultado y ser, no obstante, muy grave la infracción del cuidado objetivamente debido.

Entre la simple imprudencia o negligencia con y sin infracción de reglamentos se da únicamente una diferencia en la culpabilidad. Es más reprochable la inobservancia del cuidado objetivamente debido si éste está fijado en una disposición de carácter reglamentario, que cuando sea preciso acudir, para averiguar su contenido, a la conducta que observaría una persona inteligente y sensata del mismo círculo social o profesión que el autor, en la situación concreta. Si la imprudencia simple va acompañada de la infracción de reglamentos, la conducta constituye delito (párrafo 2.º del art. 565) y en caso contrario, únicamente podrá ser calificada de falta (número 3.º del art. 586 y art. 600). El término reglamento no debe interpretarse en sentido estricto, como disposición de carácter reglamentario, sino que comprende toda disposición *jurídica* de cualquier rango, incluso de ley, que fije el cuidado objetivamente debido en el desarrollo de cualquier actividad de la vida social (60). La infracción de reglamentos no impide, por supuesto, la apreciación de imprudencia temeraria (61) cuando sea grave la infracción del cuidado objetivamente debido.

en el obrar del sujeto— pudiéndose decir que el grado máximo de la imprudencia, de la denominada temeraria, ha de ser apreciado cuando el evento dañoso es susceptible de preverse por toda persona con intelecto normal y cuando la omisión de la diligencia sea exigida como elemental e imprescindible para el desarrollo de la acción en el pacífico desenvolvimiento del orden social».

(59) Opinión dominante. Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 223; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª ed., pág. 462; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.ª ed., págs. 1009-10 y 1071-3 R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, pág. 37; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, págs. 117-8 y S. MIR PUIG, *Adiciones a su traducción del Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de Jescheck, II, pág. 793; y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1978 (A. 1018). De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, según el cual «El conocimiento de la posibilidad del evento, límite máximo de la gravedad de la imprudencia en la que ésta toca ya los dominios del dolo eventual, es buen criterio para afirmar la temeridad»; véase, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., pág. 1067, y en el mismo sentido ya antes en su *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 300.

(60) Véase, por ejemplo, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 224; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pág. 945, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, pág. 285 y E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, pág. 119. No es posible considerar como reglamentos, en cambio, las simples normas de cuidado de carácter *extrajurídico* derivadas de la común experiencia, como apunta recientemente el Tribunal Supremo, por ejemplo en las sentencias de 2 de marzo de 1978 (A. 769), 26 de junio de 1978 (A. 2655), 25 de septiembre de 1978 (A. 2850), 23 de octubre de 1978 (A. 3178), 7 de junio de 1979 (A. 2340), 21 de diciembre de 1979 (A. 4632), 21 de junio de 1979 (A. 2719) y 15 de febrero de 1980 (A. 477). La aplicación efectiva de este criterio supondría, a mi juicio, analogía «in malam partem».

(61) Este es el criterio mantenido, en jurisprudencia constante, por el

En el párrafo quinto del artículo 565 se establece una importante agravación de las penas cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o de negligencia profesional. De acuerdo con este precepto: «Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o de negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad». Estos tipos agravados fueron introducidos en la reforma parcial del Código penal de 1944 para los delitos culposos cometidos con vehículos de motor. En la reforma parcial del Código penal de 1963 se suprimió la referencia a estos delitos, entonces regulados en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962 (en la que no se incluían paradójicamente tipos agravados cuando los resultados de muerte o lesiones graves se produjeran por impericia o negligencia profesional) (62). Desde la incorporación al Código penal, por la Ley de 8 de abril de 1967, de todos los delitos contra la seguridad del tráfico los tipos agravados del párrafo quinto del artículo 565 son aplicables en todos los delitos culposos.

Entre las circunstancias calificativas de estos tipos agravados figuran la impericia o negligencia profesional. El deber de la pericia, es decir, de la posesión de los conocimientos necesarios para el desarrollo de una actividad social determinada obliga a todos los ciudadanos, sean o no profesionales (63). Cabría pensar, pues, que estamos ante dos circunstancias calificativas independientes: la impericia y la negligencia profesional (64). El tenor literal del precepto avalaría esta interpretación, pues el adjetivo profesional está en singular y parece referirse sólo a la negligencia. La impericia determinaría una agravación de la pena en la imprudencia

Tribunal Supremo: véase, entre las sentencias más recientes, las de 23 de enero de 1979 (A. 164), 3 de abril de 1979 (A. 1552), 25 de mayo de 1979 (A. 2154), 9 de noviembre de 1979 (A. 3875), 4 de diciembre de 1979 (A. 4538), 28 de enero de 1981 (A. 257), 4 de febrero de 1981 (A. 482), 6 de marzo de 1981 (A. 1081) y 25 de marzo de 1981 (A. 1221).

(62) Con lo que los tipos agravados del artículo 565 resultaron entonces aplicables a todos los delitos culposos, menos los cometidos con vehículos de motor.

(63) CÓRDOBA RODA, *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, Z. Str. W., tomo 73, 1961, fasc. 1.º, pág. 123, señala, con razón, que el deber de la pericia obliga tanto al conductor profesional como al que no lo es. Córdoba subraya cómo este deber *material* de la pericia es el correlato del deber *formal* de poseer el carnet de conducir.

(64) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, págs. 123-4 (aunque parece cambiar de criterio en su trabajo posterior, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, lug. cit., pág. 438, incluyendo ahora sólo en el párrafo quinto del art. 565 la impericia del profesional junto a la negligencia profesional) y CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte general*, vol. 1.º, 18.ª ed., 1980, pág. 475. Este es el criterio que mantuvo en un principio el Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 16 de junio de 1952 (A. 1112) y 16 de diciembre de 1955 (A. 3285).

temeraria o simple cuando el sujeto que no observó el cuidado objetivamente debido carecía de la preparación necesaria para el desarrollo de la correspondiente actividad, de acuerdo con las exigencias del Derecho (65). No es ésta, sin embargo, la interpretación de la opinión dominante. El Tribunal Supremo, de acuerdo con el criterio de la mayor parte de nuestros penalistas, estima que el deber de la pericia obliga sólo a los profesionales (66). La impericia supone la falta de la preparación necesaria para el ejercicio de una profesión. La negligencia profesional no es la negligencia *del profesional*, es decir, la negligencia del profesional en el desempeño de su profesión (67), sino que consiste en la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales (68). El Tribunal Supremo intenta de este modo, en vano, eliminar el re-

(65) La impericia puede funcionar como circunstancia de agravación tanto en la imprudencia temeraria como en la simple. La realización de una acción sin poseer la pericia necesaria para llevarla a cabo correctamente supone siempre una infracción del cuidado objetivamente debido. Dicha infracción puede ser, sin embargo, de diversa entidad, pues el grado de impericia puede ser muy diferente. Consideran también que la impericia puede calificar tanto la imprudencia temeraria como la simple, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 502-3 y 545. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte general*, pág. 470, y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa*, pág. 229.

(66) Véase, en este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 545 y ss. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, págs. 918 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte general*, págs. 469-70 (que identifica, incluso, la negligencia profesional con la impericia), NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, págs. 92 y ss., y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa*, págs. 230-31.

(67) Así lo estimó, sin embargo, el Tribunal Supremo, en jurisprudencia constante hasta la sentencia de 23 de octubre de 1958 (A. 3320) y es el criterio que mantienen en la doctrina CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte general*, vol. 1.º, pág. 474, y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, V*, págs. 947 y ss. y 967 y ss. En el cambio de criterio del Tribunal Supremo fue decisiva, sin duda, la crítica de Quintano Ripollés, que subrayó el carácter objetivo de la agravación de la responsabilidad por la negligencia profesional, si se interpretaba ésta como negligencia *del profesional*; véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 547-8. Es indudable, en efecto, que la reprochabilidad de la infracción del cuidado objetivamente debido no es siempre mayor por el hecho de que su autor sea un profesional. Puede serlo muchas veces, pero no lo es siempre. Piénsese, por ejemplo, en un conductor profesional, un taxista, que infrinja el cuidado objetivamente debido en la conducción de su vehículo de motor. El taxista puede encontrarse en ese momento en un estado de cansancio o indisposición repentino e imprevisible o tener por su edad una menor rapidez de reflejos que otro conductor más joven, no profesional, que cometa la misma infracción del cuidado objetivamente debido.

(68) Este es el criterio que mantiene el Tribunal Supremo en jurisprudencia constante desde la sentencia de 23 de octubre de 1958 (A. 3320); véase, en el mismo sentido, por ejemplo, las sentencias de 16 de junio de 1972 (A. 3152), 29 de mayo y 16 de octubre de 1973 (A. 2467 y 3846), 4 de mayo y 21 de junio de 1974 (A. 2083 y 2918), 29 de diciembre de 1975 (A. 4979), 31 de enero de 1976 (A. 249), 14 de diciembre de 1978 (A. 3953), 26 de junio de 1980 (A. 2997), y 14 de julio de 1980 (A. 3154).

siduo de responsabilidad objetiva implícito en la circunstancia calificativa de la negligencia profesional. En el tráfico motorizado y concretamente en la conducción de vehículos de motor, participan profesionales y no profesionales y no existen normas especiales de cuidado para los primeros (69). Es más, la existencia de tales normas carecería de justificación. Los preceptos del Código de la circulación fijan el cuidado *objetivamente necesario* en el tráfico para evitar las lesiones de los bienes jurídicos, con independencia de la capacidad de los *conductores individuales*. En las situaciones atípicas el cuidado objetivamente debido se determina en relación con las necesidades del tráfico y la capacidad de un conductor inteligente y sensato. Una norma que exigiera para un grupo de conductores un cuidado mayor del que sea objetivamente preciso no tendría sentido. De aceptarse, por tanto, el criterio del Tribunal Supremo no sería nunca aplicable a los conductores profesionales de vehículos de motor la agravación de negligencia profesional, pues no se daría nunca en su conducta la infracción de deberes técnicos que sólo obliguen a los profesionales (70). Lo mismo sucedería en todas las demás actividades que puedan ser realizadas tanto por profesionales como por los que no lo son (tala de árboles, trabajos de limpieza, etc.). En las actividades que sólo puedan realizar, lícitamente, los profesionales (ejercicio de la profesión médica, de arquitecto, ingeniero, etc.) *la negligencia del profesional en el ejercicio de la profesión supondrá siempre, en cambio, la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales.*

Debería suprimirse, por consiguiente, la circunstancia calificativa de la negligencia profesional, por llevar implícito un residuo de responsabilidad objetiva, contrario al principio de culpabilidad, con arreglo al cual no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad (71). Cuando la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente de-

(69) Como supone CÓRDOBA RODA, véase *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, págs. 123-4.

(70) El Tribunal Supremo se ve obligado, por ello, en algunas sentencias a declarar que la negligencia profesional concurre también cuando se da la infracción de deberes que obligan *a todos los conductores*, pero cuya exigibilidad sea mayor, dadas las circunstancias del caso concreto, por tratarse de un conductor profesional; véase, por ejemplo, las sentencias de 16 de junio de 1970 (A. 2823) y 31 de enero de 1976 (A. 249).

(71) Por esta razón se suprimió en Alemania, en el año 1940 (Ley de 2 de abril), la agravación de profesionalidad en el homicidio y en las lesiones corporales culposas (párrafo segundo de los arts. 222 y 230). En el artículo 176 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1980, se establecen, en cambio, unos tipos agravados de homicidio y lesiones graves culposas por impericia o negligencia profesional. Se considera, además, de acuerdo con la opinión actualmente dominante, que la impericia y la negligencia profesional constituyen una especie de la imprudencia grave (temeraria en el Código Penal vigente); véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1975 (A. 4979) y 14 de diciembre de 1978 (A. 3953).

bido fuera mayor por ser el autor un profesional, el Tribunal podría y debería tenerlo en cuenta en la medición de la pena, dentro del marco fijado por la ley.

Cabría pensar únicamente en el mantenimiento de la agravante de impericia, si se considera conveniente desde el punto de vista político-criminal. Córdoba Roda cree que su existencia está justificada, desde el punto de vista criminológico, en los delitos cometidos con vehículos de motor, dado el elevado porcentaje de accidentes de tráfico debidos a la impericia del conductor (72). Me parece suficiente, sin embargo, en estos casos, la aplicación del tipo agravado previsto en el párrafo sexto del artículo 565, para los delitos culposos cometidos con vehículos de motor: «Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años. Esta privación se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiera sido condenado dos veces a la retirada temporal del permiso, por delito previsto en el párrafo primero de este artículo, en el 340 bis a) o por ambos» (73).

La inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de un bien jurídico puede darse en una acción dirigida por la voluntad del sujeto a lesionar un bien jurídico diferente y que esté comprendida, desde este punto de vista, en el tipo de lo injusto de un delito de acción doloso. Por ejemplo, un individuo hiere, golpea o maltrata de obra a otro, con conciencia y voluntad de atentar contra su integridad corporal o su salud (lesiones corporales dolosas, arts. 418 y ss.) y causa involuntariamente su muerte por no observar el cuidado objetivamente debido. Carece de fundamento, por ello, la exigencia del llamado arranque lícito en la culpa, o más exactamente de que el resultado no se derive de una acción comprendida en un tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos (74). En el artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 no se exige el llamado arranque lícito y la posibilidad de incurrir en responsabilidad por imprudencia aunque el resultado se derive de un delito doloso contra la seguridad del tráfico

(72) Véase *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, pág. 123.

(73) En el art. 340 bis a) se castigan los delitos de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y el de conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes. El segundo inciso del párrafo sexto del artículo 565 fue suprimido posteriormente, con muy buen criterio, por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal.

(74) Véase también en contra de la exigencia del llamado arranque lícito en la culpa, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 305 y ss., *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 300, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, págs. 846 y ss. y especialmente págs. 858 y ss., CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, *Parte general*, vol. 1.º, págs. 476-7, NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, págs. 96 y ss., y E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, págs. 124-5.

está reconocida en el párrafo tercero del artículo 340 bis a) (75). La exigencia del llamado arranque lícito es una consecuencia del principio del «*versari in re illicita*» (el que realiza voluntariamente un acto ilícito responde de todas sus consecuencias a título de dolo, aunque no las hubiera querido, no las hubiera previsto, ni las hubiera podido prever), que inspira, según la opinión dominante, el párrafo tercero del artículo 1.º, la atenuante 4.ª del artículo 9.º, la eximente del núm. 8 del artículo 8.º y el artículo 50, de nuestro Código. Es posible llegar, sin embargo, como he expuesto en otros trabajos (76), a una interpretación de estos preceptos que supere en gran medida el principio del *versari*. El Tribunal Supremo no ha exigido nunca el arranque lícito cuando el resultado se había derivado de un delito doloso contra la seguridad del tráfico y ha restringido considerablemente, en los últimos años, su exigencia en los demás casos (77) (77 bis).

(75) De acuerdo con este precepto: «Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». Según opinión unánime de la doctrina y criterio mantenido constantemente por el Tribunal Supremo, la comparación se establece entre las penas de los delitos de peligro concreto contra la seguridad del tráfico y los delitos culposos de resultado material; véase mi artículo, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código Penal español*, publicado en el Libro Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1970, fasc. 2.º, e incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 90 y ss.

(76) Véanse mis artículos, *El versari in re illicita en el Código Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1962, fasc. 1.º, incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, págs. 60 y ss., y *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código Penal español*, lug. cit., en la nota precedente.

(77) No lo exige en los supuestos de desviación (si se da una absoluta disparidad entre los bienes jurídicos afectados), que distingue, siguiendo a Rodríguez Mourullo, de la preterintencionalidad (que implica simple progresión); véanse las sentencias citadas en la nota 96 del capítulo XVII de mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. En las lesiones corporales con resultado de muerte aprecia homicidio por imprudencia, especialmente a partir de la famosa sentencia de 17 de diciembre de 1958 (A. 4013), si las lesiones corporales son de escasa entidad o se trata de un mero empujón o un leve golpe; véase, por ejemplo, las sentencias de 28 de septiembre de 1964 (A. 4008), 5 de junio de 1968 (A. 2808), 17 de junio de 1969 (A. 3706), 15 de noviembre de 1969 (A. 5431), 19 de enero de 1977 (A. 38), 26 de enero de 1977 (A. 112), 2 de enero de 1979 (A.23) y 16 de noviembre de 1979 (A. 4241); en algunos de estos casos estimó el Tribunal Supremo que se trataba de supuestos de desviación y no de preterintencionalidad, véase, por ejemplo, las sentencias de 22 de febrero de 1972 (A. 745) y 6 de noviembre de 1972 (A. 4775). Apreciaron lesiones corporales por imprudencia, a pesar de derivarse el resultado de un empujón dado voluntariamente, pero sin dolo de lesiones, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1972 (A. 541) y 13 de diciembre de 1972 (A. 5358).

(77 bis) La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, ha excluido, *por fin*, de nuestro Código el prin-

El resultado.

En los delitos culposos de resultado es preciso, para que se dé el tipo de lo injusto, que se haya producido un determinado resultado material, externo o el peligro concreto de un buen jurídico (78) como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

El resultado ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

No basta que exista entre la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y el resultado una mera relación de causalidad, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para la realización del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos (79). La apreciación de la inobservancia del cuidado objetivante debido exige ya, como vimos anteriormente, que el resultado sea objetivamente previsible (80). Pero no es suficiente tampoco la previsibilidad objetiva del resultado para la realización del tipo. Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado tiene que existir una conexión interna. Es preciso que el resultado se haya producido *precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido* (81). De lo

cipio del versari in re illicita, al derogar el antiguo párrafo tercero del art. 1.º, el art. 50, y dar una nueva redacción a la exigente de caso fortuito, suprimiendo el requisito de que el mal se cause con ocasión de ejecutar un acto lícito: «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible» (art. 6.º bis b). Al quedar superado el principio del versari carece ya de todo fundamento la exigencia del llamado arranque lícito en la culpa.

(78) Sobre el concepto de peligro y de peligro concreto, véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/1. Capítulo XVI, págs. 397 y ss., y sobre la realización culposa de los delitos de peligro concreto, mi artículo, *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, Estudios Jurídicos en honor del profesor O. Pérez-Vitoria, I, págs. 142-3.

(79) De otra opinión, SPENDEL (véase una exposición y análisis crítico de su criterio, en GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 134-5) y BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, lug. cit., págs. 24 (nota 55) y 35 y ss., y *Resultado y delitos de peligro*, lug. cit., pág. 450.

(80) Véase la pág. 497.

(81) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 135, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 76; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 21; KLAUS ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, L. Röhrscheid, Bonn, 1965, pp. 143 y ss., y *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen in Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, J. Z. 1969, págs. 364 y ss., especialmente 367 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., págs. 232 y ss. (n.º 160 y ss.); BLEI, *Strafrecht, I, Allgemeiner Teil*, 17.ª ed., págs. 269-70; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., págs. 130 y ss.; SAMSON, *Syste-*

contrario no podría afirmarse que el hecho se ejecutara por imprudencia temeraria o el delito o falta se hubiera cometido por simple imprudencia o negligencia, o que los resultados de muerte o de lesiones graves se hubieran producido *a consecuencia* de impericia o de negligencia profesional (arts. 565, núm. 3.º del art. 586 y artículo 600) (82). Es necesario que se demuestre con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera evitado en caso de observar el deber objetivo de cuidado. Mientras aparezca como posible o probable que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente debido el Tribunal debe absolver (in dubio pro reo). En el caso, por ejemplo, de un conductor que rebasa el límite de velocidad de 60 Km/h., existente a la entrada de una ciudad, conduciendo su vehículo a 90 Km/h. y atropelle y dé muerte a un peatón que irrumpa de repente en la calzada. El conductor podrá incurrir sólo en responsabilidad penal por un delito de conducción temeraria del núm. 2.º del artículo 340 bis a). La exclusión del tipo no debe limitarse, como hizo el Tribunal Supremo alemán en algunas sentencias, a aquellos casos en que aparezca como seguro, o como probable, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente debido, pues con ello se infringiría el principio «in dubio pro reo» (83). En cualquier caso no se trata de un problema de causalidad, como se ha considerado en ocasiones en la Ciencia del Derecho penal alemana (84) y como estima actualmente

matischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., páginas 134 y ss. (n.º 25 y ss.), y entre nosotros, CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 226 y ss., y JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lug. cit., págs. 348 y ss.

(82) Véase, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pág. 227.

(83) Como señala ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen-Delikten*, Z. Str. W. tomo 74, 1962, págs. 423-4.

(84) Véase, por ejemplo, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, II*, Madrid, 1949 (Trad. y notas de J. A. Rodríguez Muñoz), pág. 186, en el marco de su teoría de la relevancia (véase sobre esta teoría mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XIII, pág. 353, nota 55). RODRÍGUEZ MUÑOZ observaba ya agudamente en la *nota* de la pág. 187 del tomo II de su traducción del Tratado de Derecho Penal, de Mezger, Madrid, 1949: «En tales casos, en los que el sujeto actúa contrariamente a su deber, pero en los que aún suponiendo que se hubiera ajustado a sus exigencias, el resultado nocivo se hubiera también producido, creo que más que de ausencia de la relación de causalidad, de lo que se trata es de una «ruptura de la conexión o relación de culpabilidad» que impide la imputación a título de culpa, pero que presupone la causalidad entre la acción y el resultado». La inclusión del nexo en la culpabilidad estaba condicionada por la concepción, entonces dominante, de toda la culpa como una forma de la culpabilidad; véase, supra pág. 3, nota 5. Véase una detenida exposición y análisis crítico de las

el Tribunal Supremo alemán (85) y nuestro Tribunal Supremo, que habla, a este respecto, de una causalidad jurídica, que distingue de la mera causalidad material (86).

Roxin considera que el resultado debe serle imputado al sujeto siempre que por su acción, que no responda al cuidado objetivamente debido, haya dado lugar a un aumento del riesgo de la producción del resultado (87). No me parece convincente, sin em-

diversas concepciones del nexo entre la infracción del cuidado objetivamente debido y el resultado en los delitos culposos, en KLAUS ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, págs. 38 y ss. y 75 y ss.

(85) Véase, a este respecto, por ejemplo, SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, op. cit., pág. 232 (n.º 161); WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, págs. 130-1, y FR. CHR. SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch, Leipziger, Kommentar*, 10.ª ed., entrega n.º 21, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1980, art. 16, n.º 188.

(86) Si el resultado se hubiera producido igualmente en caso de observancia del cuidado objetivamente debido, el Tribunal Supremo español niega la eficacia causal «en el orden moral o espiritual» (sentencia de 15 de marzo de 1976. A. 1155) o la causalidad jurídica» (sentencias de 24 de abril de 1958, A. 2433, 20 de marzo de 1964, A. 1615, 12 de diciembre de 1964, A. 5292, 18 de junio de 1973, A. 2828, 17 de diciembre de 1974, A. 5227, 10 de noviembre de 1978, A. 3434 y 10 de diciembre de 1979, A. 3878). Con frecuencia no distingue claramente la llamada «causalidad jurídica o relevancia jurídica» de la causalidad material; véase, por ejemplo, las sentencias de 17 de febrero de 1978 (A. 457), 21 de junio de 1978 (A. 2615), 4 de julio de 1978 (A. 2792), 7 de diciembre de 1978 (A. 3885), 22 de mayo de 1979 (A. 2139), 24 de abril de 1979 (A. 1684), 4 de abril de 1979 (A. 1610), 2 de abril de 1979 (A. 1552), 17 de diciembre de 1979 (A. 4613), 5 de diciembre de 1979 (A. 4556), 22 de abril de 1981 (A. 1672), 2 de noviembre de 1981 (A. 4281), 19 de diciembre de 1981 (A. 5093) y 10 de febrero de 1982 (A. 794).

(87) Véase ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. M. Honig*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1970, páginas 138 y ss. y *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, lug. cit., págs. 431 y s. Han aceptado el criterio de Roxin del aumento del riesgo entre otros, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., pág. 474 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, II, págs. 805-6); OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 1976, pág. 174; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1974, págs. 139 y ss.; F. SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Festschrift F. R. Honig*, págs. 169 y ss.; y STRATENWERH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Festschrift für W. Gallas*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, págs. 227 y ss. y especialmente pág. 239. Rudolphi acepta el criterio del aumento del riesgo, pero excluye la imputación objetiva del resultado cuando éste se hubiera producido igualmente, *con seguridad*, si el autor hubiera observado el cuidado objetivamente debido; véase, RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pág. 27 (n.º 67). Gössel acepta el criterio del aumento del riesgo únicamente como indicio de que el resultado sea una consecuencia adecuada de la inobservancia del cuidado objetivamente debido; véase MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, 5.ª ed., 1978, págs. 92-3 y *Norm und fahrlässiges Verbrechen*, en *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 1978, págs. 50-1. Cuando no puede demostrarse con seguridad si la acción produjo o no un aumento del riesgo, estima ROXIN (*Pflichtwidrigkeit und*

bargo, este criterio. Desde una contemplación ex ante toda acción que no responde al cuidado objetivamente debido supone un aumento del riesgo (respecto a la misma acción realizada con arreglo al deber objetivo del cuidado) (88). La consideración en el juicio de peligro de circunstancias cognoscibles sólo ex post —como propuso más tarde Roxin ((89)— es incompatible con la esencia del juicio de peligro (90). Este carece de sentido si se realiza ex post. Desde este punto de vista, si el resultado se ha producido, la acción era peligrosa y si no se ha producido no lo era. Por otra parte, como ha señalado Baumann, la teoría del aumento del riesgo transforma, prescindiendo de la voluntad de la ley, los delitos culposos de resultado material en delitos de peligro concreto (91). La imputación del resultado carece de justificación si no se ha producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

No me parece convincente tampoco el criterio de Arthur Kaufmann (92) ,según el cual quedaría excluido el desvalor del resul-

Erfolg bei fahrlässigen Delikten, pág. 434), que se debe castigar, con lo cual infringe él también el principio «in dubio pro reo»; véase, en este sentido, E. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, A. Metzner Verlag, 1972, págs. 47-48. La mayor parte de los defensores de la teoría del aumento del riesgo exigen, por ello, actualmente la comprobación de dicho aumento. Los intentos de excluir de la aplicación del principio «in dubio pro reo» algunas de las circunstancias que sirven de base al juicio de peligro no han resultado convincentes; véase el acertado análisis crítico que hace SAMSON, de los criterios propuestos por Stratenwerth, Burgstaller y Schünemann, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 135-6 (n.º 27 y 27 a).

(88) Véase, en este sentido, K. ULSENHEIMER, *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, lug. cit., pág. 366; FR. CHR. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., entrega n.º 21, artículo 16, n.º 190, y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 227-8.

(89) Véase ROXIN, *Literaturbericht, Allgemeiner Teil*, (donde hace una recensión de la monografía de Ulsenheimer, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*) Z. Str. W. tomo 78, n.º 166, pág. 221 y *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, págs. 138-9, nota 18; en el mismo sentido también RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pág. 28 (n.º 69), STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, lug. cit., pág. 229 y ss. y M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt in Strafrecht*, págs. 141 y ss.

(90) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XVI, pág. 401, nota 33.

(91) Véase, BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., págs. 284-5 y en el mismo sentido, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, págs. 156 y ss., MAURACH-GÖSSEL, en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, pág. 92 y FR. CHR. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., entrega n.º 21, artículo 16, n.º 190.

(92) Expuesto en su artículo *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, *Festschrift f. Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 1961, págs. 200 y ss., especialmente págs. 229 y ss.

tado cuando éste se hubiera producido igualmente, con independencia de la acción antijurídica, como consecuencia de otros factores causales concurrentes ya en ese momento. Como ha señalado acertadamente Roxin, este criterio llevaría a consecuencias inadmisibles, por ejemplo, a la exclusión del ámbito de protección del Derecho penal, de la vida de aquellas personas enfermas que estuvieran ya desahuciadas por la medicina (enfermos incurables de cáncer, por ejemplo), que hubieran sido condenadas a muerte o hubieran adoptado la resolución firme de suicidarse (93).

El resultado ha de ser de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

No basta con que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido para que se dé el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. Es preciso, además, que el resultado sea de aquéllos que trataba de evitar la norma de cuidado (94). No será este el caso, por ejemplo, si el vehículo que circula por la izquierda de la carretera, infringiendo de este modo el cuidado objetivamente debido, atropella y da muerte a un suicida que se le echa debajo de las ruedas, de repente, desde ese lado de la calzada. El resul-

(93) Véase la acertada crítica que hace ROXIN de la tesis de Arthur Kaufmann, en *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, lug. cit., págs. 425 y ss.

(94) Este criterio de imputación objetiva ha sido desarrollado en nuestro país por E. GIMBERNAT ORDEIG; véase, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, tesis doctoral, Hamburgo, 1962, págs. 133 y ss., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, págs. 135 y ss. y especialmente págs. 142-4, *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, Revista de Derecho de la Circulación, año II, núms. 10 y 11-12, octubre y noviembre-diciembre 1965, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, Z. Str. W. tomo 80, 1968, págs. 922-3, nota 20 e *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, pág. 126. Gimbernat considera, sin embargo, que si el resultado era uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, basta para la imputación objetiva del mismo con que esté unido causalmente a la acción que no responde al cuidado objetivamente debido. Exigen, en cambio, también que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, además de ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pág. 228; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lug. cit. pág. 348, y en la Ciencia del Derecho penal alemana, SCHÖNKE-SCHRÖEDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., págs. 235-6 (n.º 173 y ss.), SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 136-7 (n.º 28) y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., pág. 132.

tado se ha producido aquí como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, pero no es, evidentemente, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida (95). Con este criterio de imputación objetiva coincide, sin duda, el requisito exigido unánimemente por la doctrina (96) y por el Tribunal Supremo, en jurisprudencia constante, para la apreciación de la imprudencia o negligencia simples con infracción de reglamentos, de que el precepto reglamentario infringido tratase de evitar precisamente resultados como el producido por la conducta imprudente, es decir que no responde al cuidado objetivamente debido (97).

(95) La determinación de los resultados que trata de evitar una norma de cuidado (fin de protección de la norma), puede plantear en ocasiones dificultades, como toda interpretación teleológica, pero ello no me parece razón suficiente para rechazar este criterio de imputación, como hacen ULSENHEIMER (*Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, págs. 117-8) y NÚÑEZ BARBERO (*El delito culposo*, pág. 58). Véase sobre las grandes posibilidades que ofrece el criterio de imputación del fin de protección de la norma, en los delitos culposos, a pesar de las dificultades que plantea en ocasiones su determinación, RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 29 y ss (n.º 71 y ss.) y ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. M. Honig*, págs. 140 y ss. y *zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift f. W. Gallas zum 70. Geburtstag*, págs. 241 y ss. Estos penalistas combinan este criterio de imputación objetiva con el del aumento del riesgo; véase también en este sentido, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., págs. 474-5 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. 2.º, pág. 806) y STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., págs. 118-9 (n.º 348 y ss.) y 297 (n.º 1107). Gössel considera que el resultado es sólo consecuencia adecuada de la infracción del cuidado debido cuando era uno de los que trataba de evitar la regla de cuidado infringida; véase MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, págs. 89 y ss, y *Norm und fahrlässiges Verhalten*, *loc. cit.*, pág. 50-1.

(96) Véase, en este sentido, SILVELA, *El Derecho Penal, estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2, Madrid, 1879, pág. 162, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 301, y *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., pág. 1069, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.ª ed., págs. 932 y 944 y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, pág. 469.

(97) Véase, por ejemplo, las sentencias de 6 de noviembre de 1942, 24 de octubre de 1964 (C.L. 1610), 25 de noviembre de 1964 (C.L. 1829), 17 de diciembre de 1964 (C.L. 1979) («si es suficiente para ello que la conducta culposa sea la causa de uno de aquellos resultados a cuya prevención se dirige la norma reglamentaria infringida»), 28 de enero de 1972 (C.L. 99) («Como es harto sabido, la imprudencia en sus dos formas o grados, ha de estar en relación causal con el resultado producido, por lo que tratándose de la simple antirreglamentaria, no basta constatar la infracción de preceptos circulatorios para desatar la responsabilidad criminal, sino que es preciso constatar el poderío causativo de tal quebranto reglamentario, el cual puede faltar bien por ser totalmente ajeno al evento dañoso, bien por haber cesado la vulneración en el momento de producirse el hecho por propia enmienda del conductor que inicialmente la cometiera, bien, en fin, por haber sido desplazado totalmente aquel factor etiológico por la conducta de la víctima en el plano causal»), 2 de octubre de 1973 (A. 3518), 8 de mayo de 1974 (A. 2158), 27 de enero de 1979 (A.109) y 29 de junio de 1978 (A. 2660).

La llamada concurrencia de culpas.

En los supuestos de la llamada concurrencia de culpas (del autor y de la víctima) hay que examinar, con independencia cada una de las conductas, pues no se admite en el ámbito del Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, la compensación de culpas (98). No le será imputado al autor el resultado si éste no se ha producido como consecuencia de su inobservancia del cuidado objetivamente debido o si no era uno de los resultados que trataba de evitar la norma de cuidado por él infringida. Cuando le sea imputable objetivamente el resultado no influirá para nada en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia temeraria o simple) la conducta imprudente de la víctima.

En estos casos estamos ante problemas de la imputación objetiva de resultados y no de causalidad, como estima el Tribunal Supremo, que recurre a la teoría de la causa eficiente. Exime de responsabilidad si la culpa de la víctima fue la causa eficiente de la producción del resultado; en caso contrario, la culpa de la víctima influye en la calificación de la imprudencia del autor, degradándola de temeraria a simple, con o sin infracción de reglamento (aunque concurra en este último caso la infracción de reglamentos). El Tribunal Supremo admite de este modo veladamente la compensación de culpas, aunque proclame solemnemente lo contrario (99).

(98) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 227 y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.ª ed., págs. 1085 y ss.

(99) Véase, por ejemplo, entre la jurisprudencia más reciente, las sentencias de 6 de febrero de 1978 (A.379), 14 de febrero de 1978 (A. 426), 28 de abril de 1978 (A. 1495), 3 de mayo de 1978 (A. 1843), 20 de junio de 1978 (A. 2403), 27 de octubre de 1978 (A. 3338), 1 de marzo de 1979 (A. 1022), 2 de marzo de 1979 (A. 885), 20 de marzo de 1979 (A. 1307), 26 de mayo de 1979 (A. 2186), 12 de junio de 1979 (A. 2980), 28 de septiembre de 1979 (A. 3166), 27 de enero de 1980 (A. 97) (muy interesante, porque aunque expone primero, en un Considerando, el criterio habitual de negar, pero aplicar la compensación de culpas, al final, aunque sólo sea para mayor abundamiento recurre al criterio correcto de examinar, en cada caso, si el resultado se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido), 18 de febrero de 1980 (A. 484), 6 de mayo de 1980 (A. 1810), 4 de junio de 1980 (A. 2509), 30 de junio de 1980 (A. 3068), 6 de octubre de 1980 (A. 3661), 13 de octubre de 1980 (A. 3695), 4 de noviembre de 1980 (A. 4400), 28 de noviembre de 1980 (A. 4582), 5 de diciembre de 1980 (A. 4779), 26 de enero de 1981 (A. 246) y 6 de mayo de 1981 (A. 2122). Mantiene el mismo criterio que el Tribunal Supremo, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 320 y ss., *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 295, y CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 1.º, 18.ª ed., págs. 481 y ss. Estos autores siguen la sugerencia, a mi juicio equivocada, de ANTÓN ONECA (*Derecho Penal, Parte General*, pág. 227) de que: «Las ne-

Desvalor de la acción y desvalor del resultado en los delitos de acción culposos.

El desvalor de la acción, en los delitos de acción culposos, está representado por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y el desvalor del resultado, en los delitos culposos de resultado, por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico (100).

Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en los delitos de acción culposos tiene que darse, como hemos visto, una determinada relación interna: el resultado tiene que haberse producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y tiene que ser, además, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. Por otra parte, en los delitos de acción culposos se plantea también el problema, como en los delitos de acción dolosos (101), de si lo injusto no queda ya constituido o incluso agotado por el desvalor de la acción (102). Según Welzel, lo injusto del delito culposo queda ya constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El resultado causado pertenece al tipo de lo injusto, pero cumple sólo una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según Welzel, a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien» (103). Armin Kaufmann excluye, incluso, el resultado del tipo de lo injusto de los delitos culposos. «La producción del resultado no es una condición necesaria de la infracción de la norma, es decir de la tipicidad o antijuridicidad, sino condición de punibilidad» (104). Zielinski va

cesarias restricciones» —a la prohibición de la compensación de culpas— «pueden obtenerse con aplicación de una doctrina racional de la causalidad». ZUGALDÍA advierte que se trata de un problema de imputación objetiva de resultados, pero no consigue desligarlo del problema causal y acaba aceptando una compensación —parcial— de culpas; véase, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lug. cit., págs. 347 y ss., y especialmente pág. 349.

(100) Sobre la distinción de los conceptos de resultado material o externo y lesión del bien jurídico, véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción. Teoría Jurídica del Delito/1*, Capítulo XVII, págs. 445-6.

(101) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción. Teoría Jurídica del Delito/1*, Capítulo XVII, págs. 446 y ss.

(102) Véase, a este respecto, especialmente, Alfonso Guallart de Viala, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho Penal Español*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs. 617 y ss.

(103) Véase, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 21, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., pág. 136 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 75-6.

(104) Véase, ARMIN KAUFFMANN, *Zum Stand der Lehre vom personalem Unrecht*, *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, pág. 411 y ya antes en *Das fahrlässige Delikt*, lug. cit., págs. 43-4 y en el mismo sentido, E. HORN,

aún más lejos y considera que lo injusto en los delitos culposos, como en los dolosos, se agota en el desvalor de la acción (105).

La tesis de que lo injusto de los delitos de acción culposos quede ya constituido o incluso agotado por el desvalor de la acción no me parece convincente. No cabe duda de que con la inobservancia del cuidado objetivamente debido queda ya plenamente infringida la norma de los delitos de acción culposos. Esta se limita a prohibir la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido. Pero las normas son sólo un instrumento de protección de los bienes jurídicos (106) y sólo cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado queda constituido lo injusto de los delitos de acción culposos.

Si lo injusto de los delitos de acción culposos quedara ya constituido con el desvalor de la acción, no se explicaría por qué se exige que el resultado sea precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Debería bastar con que existiera un vínculo causal entre el resultado y la acción anti-jurídica. Esta es la postura que mantiene consecuentemente Beristain (107). La exigencia de que la producción del resultado sea

Konkrete Gefährungsdelikte, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 1973, páginas 78 y ss. 103, F. SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Festschrift f. H. Welzel zum 70. Geburtstag, págs. 557 y ss., especialmente pág. 562, A. BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, lug. cit., págs. 24 (nota 55) y 35 y ss., ENDIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, pág. 140. El resultado en los delitos culposos ha sido concebido también como condición de punibilidad por algunos destacados penalistas italianos; por ejemplo, DEL GIUDICE, *Fondamento e condizioni della punibilità dei reati colposi*, 1918, *Il delitto colposo*, Ferrara, 1918 (véase la opinión del Giudice, en S. RICCIO, *Il reato colposo*, Milán, Giuffrè, 1952, págs. 99-100), MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, 4.ª ed., puesta al día por P. NUVOLONE y G. D. PISAPIA, I, Turín, Utet, 1961, págs. 742 y ss., ALTAVILLA, *La culpa*, trad., del P. José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956, págs. 215 y ss. y VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milán, Giuffrè, 1952, págs. 54-61, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Florencia, 1948, págs. 111 y ss. 121-2, *Un ultima parola a proposito dell'evento colposo*, Giustizia penale, 1949, II, pág. 315.

(105) Véase, Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humblot, Berlín, 1973, págs. 152 y ss., 168 y ss., 185 y ss. y 309. Una referencia más detallada a la tesis de Zielinski, en el Capítulo XVII, págs. 446-7, de mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción. Teoría jurídica del Delito/I*. También para Mir Puig, lo injusto de los delitos culposos, como el de los dolosos, se agota en el desvalor de la acción, que consiste, según él, en la peligrosidad de la misma. El resultado cumple sólo una función indiciaria de la peligrosidad de la acción y en los delitos culposos condiciona la posibilidad de punición; véase, SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, págs. 48 y ss. y *adiciones a su trad. del Tratado de Derecho Penal*, de Jescheck, II, pág. 809.

(106) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. I. Introducción. Teoría Jurídica del Delito/I*, Capítulo XVII, pág. 447.

(107) Véase BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, lug. cit., págs. 35 y ss.

consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto (108), sino que es una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda constituido lo injusto de los delitos de acción culposos (109).

(108) Así, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 21.

(109) Véase, ya, en este sentido, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963, págs. 75 y ss. y *Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?*, *Festschrift f. H. Welzel*, pág. 392, y la nota 4 de mi traducción de , *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de H. Welzel, pág. 18, y mi artículo *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, incluido en mi volumen, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pág. 127. Se han hecho eco recientemente de este argumento, ALFONSO GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs. 640 y ss. y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad Penal)* pág. 226. Otros argumentos en favor de la tesis de que lo injusto de los delitos culposos queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado, en STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, *Festschrift f. Fr. Schaffstein*, págs. 177 y ss. y ya antes en *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, *Schw. Z. f. Strafrecht*, tomo 79, 1963, fasc. 3.º, págs. 250 y ss. y B. SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, *Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau*, *lug. cit.*, págs. 169 y ss. y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 342.