

VIEJOS Y NUEVOS CAMINOS DE LA TEORIA DE LA IMPRUDENCIA

Karl Heinz Gossel

Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen

PRIMERA PARTE

Quien se propone hablar sobre la teoría de la imprudencia en Alemania, se enfrenta con un dilema: tiene que informar sobre algo cuya existencia apenas puede captarse. Naturalmente, el Derecho penal alemán *conoce* delitos culposos. Pero qué sea un delito culposo, qué elementos le son propios y cómo está configurado, son cosas sobre las que reina una total falta de unidad, así como de claridad.

A. EL CLÁSICO SISTEMA DE DELITOS

No siempre ha sido así. La sistemática clásica del delito, que se remonta ante todo a Beling y a comienzos del siglo actual, significó una modernización de la teoría del delito y parecía haber logrado aprehender la problemática de la imprudencia. Con una claridad, a la vez poco común y de nueva impronta, ordenó la teoría del delito en una estructuración totalmente nueva, que venía a corresponder a los principios de configuración más modernos. La base para ello la constituían dos diferenciaciones: por una parte, la que se hacía entre injusto y culpabilidad; y por otra, entre el hecho objetivo, axiológicamente indiferente, y la valoración del hecho como antijurídico.

I. Toda la parte objetiva del delito se designaba con el término "injusto"; y, a la vez, se le incluía en las categorías de "tipo" y "antijuridicidad": el hecho delictivo objetivo, susceptible de ser descrito y percibido por los sentidos, constituía —según Beling— el "exangüe fantasma del tipo", que era valorado bajo la categoría de la *antijuridicidad* como infracción del orden jurídico.

II. Se contraponía a ello la culpabilidad subjetivamente concebida: ésta abarcaba las relaciones subjetivas, entre el objetivo hecho injusto y su autor humano. Dicho más brevemente: las relaciones subjetivas entre hecho y autor (ver, por ejemplo, v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, ed. 21/22 1919, p. 151). Y eran reconocidas exactamente dos especies de tales relaciones subjetivas: de un lado, el *dolo* como conocimiento o voluntariedad del objetivo hecho injusto (v. Liszt, p. 163,

loc. cit.) y, por otro, la *imprudencia* como "no previsión del resultado previsible", en las dos formas de la imprudencia consciente e inconsciente (v. Liszt, p. 176). Mientras que el autor, en la imprudencia *inconsciente*, ni siquiera se había representado la posibilidad del resultado previsible, en la imprudencia *consciente* había *imaginado ciertamente* como posible la realización del resultado, pero rechazándolo con el juicio "ese resultado no tendrá lugar" (v. Liszt, p. 176, anotación 2, loc. cit.).

III. Con esto no sólo parecen reconocidos todos los elementos del delito, sino también ordenados de manera razonable, de forma coherente, con la concepción naturalista de la ciencia y de la técnica propia de la época, según la cual cualquier objeto, equiparable a una máquina perfectamente construida, era susceptible de ser compuesto a base de distintos elementos.

Ahora bien, esta construcción del delito se demostró muy pronto como una máquina no precisamente de buen funcionamiento. Se había pasado por alto algo decisivo: el delito es mucho más que una mera agregación cuantitativa de distintos elementos claramente diferenciables; también los elementos empleados resultan tan complejos que no son susceptibles de ser montados de cualquier forma, a la manera como se montan las ruedas de una máquina.

B. EL FRACASO DEL SISTEMA CLÁSICO

I. El edificio del delito así erigido se vino abajo cuando se advirtió que la *imprudencia inconsciente* no requiere ninguna relación subjetiva entre el autor y su hecho, y que, además, determinadas causas objetivas de exculpación, como por ejemplo, el estado de necesidad disculpante, tampoco afectaban a las relaciones subjetivas del autor con su acción. Pero entonces la culpabilidad tenía que ser algo *más*, cuando no algo *distinto*, que las relaciones subjetivas hasta entonces supuestas entre autor y hecho.

II. Pronto vino a producirse una nueva convulsión: se descubrió que los elementos aparentemente objetivos del delito están entremezclados con elementos subjetivos. El hurto, el *furtum usus* y los daños materiales aparecen normalmente, desde el punto de vista objetivo, como acciones de *sustracción* que sólo pueden diferenciarse entre sí como hurto, etc., con ayuda de las características subjetivas del ánimo de apropiación o de uso, o de la voluntad de destrucción. Así la diferenciación al parecer tan clara entre *injusto OBJETIVO* y *culpabilidad SUBJETIVA* no pudo seguir considerándose viable.

III. El golpe de gracia lo sufrió el sistema cuando se advirtió que el hecho delictivo ni siquiera puede ser descrito sin valorarlo ya: así, en el concepto de documento de naturaleza normativa, se pone de ma-

nifiesto que el tipo (falsificación de documentos) contiene ya características valorativas.

Con lo cual se llegó a reconocer que existen *tanto* elementos subjetivos del injusto como elementos normativos del tipo; y, además, elementos de culpabilidad distintos al dolo y a la imprudencia. El edificio del delito, tan altivamente construido, quedó en un montón de escombros. La obra destructora vino a consumarse mediante la teoría finalista: al entender el dolo como la característica subjetiva más general del tipo, aquél se suprimió de la culpabilidad, la cual, ahora, fue determinada mediante el nuevo concepto normativo de la culpabilidad como *reprochabilidad*. La distinción de dolo e imprudencia se trasladó así, por el finalismo, al ámbito del injusto, pero dejando todavía en la culpabilidad una parte de la imprudencia.

C. LA SITUACIÓN ACTUAL

El edificio del delito así derrumbado ha sido reedificado, con sus tres conocidos pisos del tipo legal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, si bien ya no de manera uniforme, sino de acuerdo con los diferentes planos de los diversos arquitectos. Pese a la uniformidad que se da en las líneas fundamentales, hasta el presente nadie ha logrado asignarle un puesto generalmente reconocido a la imprudencia. Y este hecho se pone sobradamente de manifiesto en la literatura: importantes comentarios al Código penal alemán se limitan ya a mencionar los presupuestos materiales de la punibilidad del comportamiento imprudente, renunciando a su configuración sistemática (así, por ejemplo, Schroeder en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10a. ed., § 16, Rnrrn. 116 ss; Lackner, *StGB*, 13a. ed., § 15 anot. III; véase también Schünemann, *JA* 1975, 435 s.). Pero, naturalmente, la ciencia jurídico-penal alemana no ha renunciado de manera general a una sistematización de la acción descuidada: sigue esforzándose en incluir los elementos aceptados de la imprudencia en los tres pisos tradicionales del edificio del delito, aunque también aquí reina la misma falta de unidad que tratándose de los diferentes elementos de la acción en la conducta culposa punible.

Así, por ejemplo, Schmidhäuser considera la imprudencia, *en su totalidad*, como *mero elemento de culpabilidad* (*Lerrbuch Zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 2ª ed., parte 9/27 y 10/77 ss), en tanto que la inmensa mayoría de la literatura científica, por regla general, distribuye los elementos de la imprudencia en los tres pisos del edificio del delito (véase v.gr. B. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., p. 456 s.; 479; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., p. 529 ss.).

Por interesante que de un lado pareciera ordenar las diferentes teorías sobre la imprudencia, de acuerdo con sus elementos y de su —eventual— sistemática, tanto más insatisfactorio resultaría ello precisamente para los observadores extranjeros de la doctrina alemana sobre la imprudencia: sólo se les ofrecería una panorámica de considerable desacuerdo y de efervescente intranquilidad, de la que se apartaría al punto, por lo menos perplejo, como cabe suponer. Por consiguiente, permítaseme iniciar un camino distinto. En mi opinión, en el proceso de desarrollo de la teoría de la imprudencia se impone una idea, cada vez con más intensidad, que no sólo promete ser fecunda para una nueva sistemática del delito imprudente, sino también para la averiguación y la motivación de cada uno de los distintos elementos de la imprudencia. La idea a la que aquí me refiero es la interpretación de la norma como base sustentadora de toda sistemática jurídico-penal. A partir de esta base, desearía intentar el desarrollo de una teoría sistemática de la imprudencia que, como resultado del actual proceso de desarrollo, resulta ciertamente imaginable, pero que aquí se propone sólo como una hipótesis cuya validez es preciso aún poner a prueba. Al hacerlo, tendré en cuenta —naturalmente— las principales cuestiones que se discuten hoy en la ciencia jurídico-penal alemana.

SEGUNDA PARTE

LA INFRACCIÓN DE LA NORMA COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO

Las leyes penales disponen una vinculación entre las consecuencias jurídico-penales y su presupuesto fáctico. El presupuesto fáctico, también llamado delito, es, por su esencia, una acción humana que perjudica, es decir, lesiona o pone en peligro valores e intereses, o sea, *bienes jurídicos* protegidos por la ley. Esta idea, al parecer tan banal, debe enfrentarse con un curioso fenómeno: sólo una acción que en la ley penal aparezca como presupuesto fáctico de una sanción penal, es decir, que se halle en plena *concordancia* con la ley penal, podrá ser castigada con una pena. Ahora bien, ¿cómo puede una acción que corresponde exactamente a la ley ir a la vez en contra del orden jurídico? Porque el hecho de que los delitos atenten contra el orden jurídico es cosa con razón indiscutida, en el fondo algo trivial. Esta antinomia, que ya en el siglo diecinueve fue problematizada, se puede resolver de manera óptima con la teoría de las normas de Binding: ha de admitirse la existencia de normas *previas* a la ley penal, pertenecientes al orden jurídico, las cuales son infringidas por cada una de las distintas acciones delictivas, por ejemplo, homicidio y hurto. Con esto queda resuelta la contradicción:

los delitos descritos en las leyes penales son antijurídicos por violar las normas jurídicas hipotéticamente consideradas.

A. EXISTENCIA DE LA NORMA

Por su forma de existir, la norma y la ley penal deben ser diferenciadas. Con esto, la norma, como regla perteneciente al orden jurídico pero, sin embargo, *distinta* de las leyes penales, presenta una característica peculiar: sin estar motivada por ningún legislador ni poder ser leída en ningún código, tiene simplemente una existencia hipotética como presupuesto necesario de la punibilidad de acciones delictuosas. Ciertamente, esto constituye una base muy discutible de la punibilidad, así como de la totalidad del derecho penal. Sin embargo, en la ciencia jurídico-penal alemana es ampliamente reconocida la transgresión de una norma como condición previa para la punibilidad. Pero también es legítimo, desde el punto de vista teórico-científico, proceder así. Toda ciencia se funda en una base de supuestos no probados, si no indemostrables (con más pormenorización al respecto, véase Gössel, Bruns, Festschrift, 1978, 43, 44).

B. OBJETO DE LA NORMA

Pero pese a sus diversas formas de existir, la norma y la ley penal presentan coincidencias con respecto a su objeto: el comportamiento contrario a un bien jurídico descrito en la ley penal se opone a la vez a la norma. De ello podría colegirse que los delitos descritos por la ley penal y las infracciones de la norma son idénticos en su calidad de contrarios a un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituiría una conclusión falsa: si bien cualquier delito constituye una infracción de la norma, al revés, no toda infracción de la norma constituye también un delito. Si pensamos en las diversas formas delictivas como, por ejemplo, los delitos de acción y los delitos de omisión, cabe concebir la norma de forma unitaria como mandato de que se salvaguarden determinados bienes jurídicos: ¡Respetad la vida humana! ¡Respetad la propiedad!, etc. Pues bien, determinadas transgresiones de estos mandatos son declaradas punibles en las leyes penales, pero no sin excepciones. Así, el suicidio significa ciertamente una infracción contra la norma de la conservación de la vida, pero, al menos en Alemania, no constituye una infracción punible de la norma. Tan sólo el perjuicio de la vida *ajena* está penado por la ley. Por consiguiente, las leyes penales, y esto vale en general, sólo en parte castigan con una pena las infracciones de la norma.

No obstante, hay que prestar atención a un punto en común: por su esencia, las acciones contra la norma y las descritas en la ley penal, siempre pueden considerarse nocivas para bienes jurídicos.

C. ACCIONES HUMANAS COMO OBJETO DE LA NORMA

El orden jurídico, por razones lógicas, sólo puede dirigirse a quienes están supeditados a él: las normas del derecho no son vigentes, por lo mismo, *verbi gratia*, para las fuerzas naturales, ni para el azar, ni para los animales . . . , sino únicamente para hombres, cuya pacífica convivencia se propone precisamente regular el orden jurídico, orientándose según los módulos de la justicia.

I. De ahí que las normas no se propongan evitar todos los menoscabos imaginables de bienes jurídicos sin excepción, sino sólo aquellos perjuicios en los mismos debidos a acciones humanas. Sólo esto parece razonable también desde el punto de vista político-criminal. Un mandato según el cual el hombre tuviera que evitar perjuicios del bien jurídico causales, imposibles de dominar, no podría alcanzar su objeto propuesto, y, por lo tanto, podemos asentir al predicamento de Binding: cualquier norma se opone a todas sus infracciones *evitables* (Die Normen und die Ubertretung, vol. IV. Die Fahrlässigkeit, 1919, pág. 341).

TERCERA PARTE

LA INFRACCIÓN DE LA NORMA COMO FUNDAMENTO DE UNA NUEVA TEORÍA DE LA IMPRUDENCIA

Sobre este fundamento teórico de la norma que acabamos de establecer, trataremos ahora de erigir una nueva dogmática de la imprudencia.

A. EL TIPO LEGAL DE LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA

Comencemos por el tipo legal. Ya hemos visto que en las leyes penales determinadas acciones nocivas para un bien jurídico que infringen una norma jurídica son penadas por la ley. O sea, que es la declaración legal de punibilidad la que convierte una tal infracción de la norma en un delito. Esta declaración legal de punibilidad presupone una descripción de la acción nociva para el bien jurídico que suponga la infracción de la norma. Pero esto significa, como ya hemos visto, que tan sólo tienen la calidad de tipos legales aquellos perjuicios de un bien jurídico que resultan *evitables* por acciones humanas. Difiriendo del sistema clásico, junto con el perjuicio de un bien jurídico, también su *evitabilidad* se convierte con esto en el elemento *general* del delito, o sea, de la "tipicidad".

Pero con esto parece colocado un principio explosivo, capaz de derrumbar el edificio entero del delito. ¿No se abandona así, podría e incluso

habría que preguntar, uno de los conocimientos fundamentales de la ciencia jurídico-penal alemana, a saber, la separación de injusto y culpabilidad? Introducir la evitabilidad del perjuicio de un bien jurídico en el tipo ¿no supone la necesidad de exigir también en el tipo de capacidad de estar en condiciones de evitar el perjuicio de un bien jurídico?, ¿de dirigir y gobernar su comportamiento según normas jurídicas, y, por ende, el elemento de culpabilidad de la capacidad de culpabilidad descrito en el § 20 StGB? De hecho, estas preguntas son respondidas afirmativamente por algunos autores (véase Otto, ZStW vol. 87, 546 y Schünemann, JA 75, 513 ss y en Schaffstein-Festschrift 1975, 159, 160 s.), rechazando en consecuencia la estructuración del delito aquí propuesta.

El temor de volver a los tiempos de la indiferenciada mezcla de injusticia y culpabilidad carece de fundamento. En su importante estudio sobre la teoría de las normas de Binding, Armin Kaufmann ha mostrado que no existe tal peligro: el "intemporal deber" de todos los hombres fijado en la norma debe ser diferenciado de la concreta capacidad de cada individuo para atenerse a tal deber, aquí y ahora (Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1854, p. 131). Con esto, la evitabilidad *general* del menoscabo de un bien jurídico puede distinguirse de la capacidad *individual* de obedecer la norma y, con ello, evitar perjuicios para un bien jurídico. Por consiguiente, también lo *injusto típico* del perjuicio de un bien jurídico generalmente evitable puede diferenciarse de las facultades individuales para cumplir la norma pertenecientes a la culpabilidad.

Con esto, ya es posible tratar de exponer los distintos elementos del tipo legal de los delitos de imprudencia y, por consiguiente, del *evitable* perjuicio de un bien jurídico determinado por la infracción de una norma. Ya el elemento de la evitabilidad que acabamos de incluir permite suponer que el tipo legal del delito, aparte de elementos objetivos, también comprende elementos subjetivos.

I. Dirigimos nuestra atención primero a los elementos objetivos del tipo. Al igual que tratándose del dolo, el tipo objetivo de los delitos de imprudencia consiste, en primer lugar, en la descripción de un concreto menoscabo para un bien jurídico, verbi gratia, matar a un hombre según el § 222 StGB, u ocasionar un incendio de determinadas localidades según el § 309 StGB.

Pero el menoscabo de un bien jurídico sólo puede considerarse típico y antinormativo si hubiera podido ser evitado mediante un comportamiento humano objetivamente distinto. El elemento de la evitabilidad encierra con esto —*también*— un contenido susceptible de objetivización, por lo que tiene que ser tenido en cuenta en el tipo objetivo de los delitos imprudentes.

a) Esto vale tanto para el comportamiento doloso como para el imprudente. Tratándose de la acción dolosa, sin embargo, esta evitabilidad no aparece de modo independiente, por la sencilla razón de que queda superpuesta por el elemento subjetivo del dolo. El que un perjuicio de un bien jurídico es evitable, renunciando al dolo tendente a aquél, es algo evidente. Tratándose de perjuicios de un bien jurídico no dolosos, el elemento de la evitabilidad debe determinarse, naturalmente, de forma diversa. Si el menoscabo de un bien jurídico ya no puede evitarse con la renuncia a un comportamiento doloso orientado a aquél, se habrá de tomar precauciones especiales en la realización de acciones concretas, como medidas tendentes a evitar el perjuicio de bienes jurídicos concretos. Dicho sumariamente: se ha de emplear el cuidado necesario para proteger los bienes jurídicos implicados. La observación de reglas de cuidado es, pues, lo que hace evitables los perjuicios de bienes jurídicos.

1. Pero con esto no se exige la infracción de un especial *deber* de cuidado, como elemento específico de la infracción de la norma y del tipo legal en los delitos imprudentes. Lo contrario, aunque todavía aceptado generalmente en Alemania, llevaría a una duplicación de la norma: supondría una norma complementaria y especial, tan sólo vigente para los delitos de imprudencia, de un comportamiento cuidadoso. Tal duplicación no resulta necesaria: norma y tipo legal abarcan sólo perjuicios *evitables* de bienes jurídicos. La norma sólo obliga a salvaguardar bienes jurídicos, pero no en general a observar un deber especial de cuidado. Quien, por ejemplo, no controla los frenos de su automóvil y atropella y causa la muerte de una persona debido a la falla de los frenos, infringe la norma y comete un hecho típico por haber matado a una persona pudiendo haberlo evitado . . . , pero no por no haber observado un especial deber de controlar el funcionamiento de su automóvil. Con la evitabilidad del perjuicio de un bien jurídico, se exige un comportamiento contrario a la norma y típico, que se considera en desacuerdo con el debido cuidado con respecto a la salvaguarda y conservación del bien jurídico perjudicado. Se rechazan así, al mismo tiempo, las voces que renuncian, no sólo como aquí, a incluir en el tipo la infracción de un cuidado debido, sino que también dejan de exigir en el tipo descuidado.

En mi opinión, el perjuicio de un bien jurídico tan sólo puede ser calificado como evitable cuando hubiera sido posible evitarlo empleando un cuidado adecuado. Un comportamiento sin el cuidado debido en relación con el bien jurídico perjudicado constituye, pues, una necesaria característica objetiva del elemento de la evitabilidad.

2. Según el planteamiento formulado en los llamados delitos de resultado, también el resultado del comportamiento delictivo y, en consecuencia, por ejemplo la muerte de una persona, constituye un elemento

del tipo legal objetivo. Pero precisamente esto es puesto en duda, porque lo injusto de los delitos de imprudencia no se puede distinguir precisamente por el resultado externo de la conducta que sirve de base, sino únicamente porque tal comportamiento no ha tenido lugar con el debido cuidado y, *por consiguiente*, no ha evitado el perjuicio del bien jurídico. Sin embargo, con esto se pasa por alto que el perjuicio del bien jurídico mismo significa ya una infracción de la norma y, por lo tanto, también el resultado constituye una parte de aquél. Quien elimina el resultado del tipo legal del hecho y con ello también de la infracción de la norma, tiene que aceptar la duplicación de la norma que acabamos de rechazar: junto con la norma para salvaguardar bienes jurídicos concretos, tiene que ser colocada una norma que obligue en general a una conducta cuidadosa —un mandato que probablemente casi nadie podrá cumplir—, y que, por lo mismo, también sería errado, desde el punto de vista de la política criminal.

b) Ahora bien, resulta en extremo cuestionable en qué casos ha sido originado un perjuicio de un bien jurídico sin el debido cuidado y, por consiguiente, en forma evitable. Esta pregunta es tan polifacética que tan sólo me es posible considerar aquí sus aspectos más importantes.

1. Para ello, primeramente he de referirme al hecho generalmente admitido de que cualquier forma de actuación humana con efecto externo es de naturaleza social. Y aquí ha de considerarse que la vida social ha desarrollado reglas que precisamente sirven para evitar perjuicios de bienes jurídicos, y éstas, de acuerdo con los respectivos ámbitos de la actuación social, son en todo punto diversas. Así, las reglas de la medicina están al servicio de la protección de la vida y la salud, las reglas del tráfico y la arquitectura al servicio de las comunicaciones y de los edificios: quien en un país con circulación por la izquierda conduce por la derecha, o quien al construir una casa no observa las reglas de la estática, actúa sin el debido cuidado, por ejemplo, en relación con el cuerpo, la vida y la propiedad de los participantes en el tráfico, o bien, de los inquilinos y visitantes del edificio levantado sin atenerse a las reglas.

Por consiguiente, se puede calificar de descuidada cualquier forma de conducta que se halla en contra de las respectivas reglas del ámbito correspondiente en el trato social. En otras palabras, que es socialmente inadecuada.

Con esto, es imposible seguir a los autores que dejan la inadecuación social para el próximo escalón del delito de imprudencia, la antijuridicidad. En mi opinión, el elemento de la evitabilidad exige un comportamiento descuidado, que acaba de ser caracterizado como en contraposición con las reglas sociales. Pero lo mismo que el elemento de la evitabilidad constituye una característica del tipo, también lo es la con-

ducta descuidada contraria a las reglas sociales que constituye la evitabilidad.

Si, como aquí, nos fijamos en las reglas socialmente adecuadas en cada caso, es posible responder, con relativa facilidad, a dos preguntas que en la literatura se tratan muy controvertidamente y, además, están todavía por aclarar. Si se pregunta por la medida del cuidado que ha de aplicarse, generalmente se nos remite a una persona ficticia, escrupulosa y sensata del círculo de personas al que uno pertenece, si bien nadie sabe si tal persona existe y cómo se comportaría en concreto; y, seguidamente, se presenta la pregunta de si han de tenerse en cuenta cualidades individuales especiales en la constatación de la infracción del cuidado debido, es decir, si, a título de ejemplo, un cirujano magistral ha matado a una persona culposamente porque —verbi gratia, debido a exceso de trabajo— no ha podido poner en juego sus aptitudes especialmente magistrales y, en la operación, tan sólo puso en práctica las fuerzas de un cirujano “normal”, las cuales no fueron suficientes para asegurar el éxito de la operación.

Si se piensa que en el ámbito aquí tratado del tipo objetivo hay que atender a la evitabilidad objetiva, no es posible tomar en consideración cualidades especiales individuales. Por lo tanto, tampoco puede importar cómo se hubiera comportado otra persona, sino únicamente la respectiva regla social en sí: sólo obra con el debido cuidado quien se atiene a las reglas sociales.

2. Pero con esto no queda suficientemente configurado el elemento objetivo de la característica de evitabilidad. Porque el perjuicio de un bien jurídico tan sólo es evitable cuando no hubiere tenido lugar de haberse actuado con el debido cuidado. En otras palabras, la infracción del cuidado debido tiene que haber acarreado *causalmente* el perjuicio del bien jurídico.

Este nexo entre conducta descuidada y concreto perjuicio del bien jurídico es hoy generalmente aceptado como presupuesto de la punibilidad. Sin embargo, es en extremo controvertido si este nexo posee una naturaleza causal o constituye otro elemento independiente del tipo, o bien, debe ser incluido en otro lugar de la teoría del delito. Las múltiples denominaciones existentes, por ejemplo, “nexo de antijuridicidad”, “nexo de infracción del deber” y “nexo de riesgo”, lo ponen sobradamente de manifiesto.

Ahora bien, si se considera, como aquí, que la conducta descuidada constituye un elemento de la evitabilidad, sólo existirá una solución posible. Antinormativa y típicamente actúa sólo aquel que ha ocasionado el perjuicio de un bien jurídico faltando al cuidado debido y, por consiguiente, de manera evitable. Por lo tanto, yo calificaría de “causalidad

de la evitabilidad" al nexo necesario en esta medida típico entre conducta descuidada y perjuicio de un bien jurídico.

Puede faltar, por una parte, cuando la inobservancia del cuidado debido que concurra en la conducta no haya tenido efecto sobre el concreto perjuicio de un bien jurídico: quien conduce un coche, contra las reglas respectivas de la circulación, a una velocidad de sesenta kilómetros por hora y atropella a una persona, no realiza un tipo imprudente si tal accidente lo mismo se hubiera producido de haber mantenido la velocidad prescrita de cincuenta kilómetros por hora. El perjuicio del bien jurídico aquí ocasionado no se funda realmente en la manera de conducir sin el cuidado debido a una velocidad excesiva. El aumento del riesgo del perjuicio del bien jurídico, que algunos autores consideran como única característica de la causalidad de la evitabilidad así llamada aquí, de acuerdo con la opinión por mí mantenida, tan sólo puede, pues, fundamentar el nexo real-causal entre infracción del cuidado debido y el perjuicio de un bien jurídico. En el caso mencionado, sin embargo, no es así.

Pero la causalidad de la evitabilidad falta también cuando la norma de cuidado que ha sido vulnerada no sirve en modo alguno para salvaguardar el bien jurídico perjudicado. Quien, a título de ejemplo, viaja en el camino de A a C hasta el lugar B a velocidad excesiva, no ha matado de forma imprudente al borracho que se le echó encima en C de manera imprevisible. Ciertamente que la Audiencia Territorial de Karlsruhe consideró al automovilista de este ejemplo efectivamente culpable de un delito de imprudencia: si este automovilista no hubiera conducido a tanta velocidad de A a B, hubiera llegado más tarde a C y no hubiera podido encontrarse, por consiguiente, con el ebrio. Naturalmente, se le replicó que, de acuerdo con esta lógica, nuestro automovilista hubiera tenido que conducir a más velocidad aún, y tampoco en tal caso se hubiera encontrado con el borracho. Lo decisivo es que las prescripciones relativas a la velocidad no tienen como finalidad fijar la llegada de vehículos a determinados lugares a ciertas horas, sino que se proponen evitar peligros a los demás participantes del tráfico, ocasionados por el exceso de velocidad. Pero tal peligro falta en el caso que sirve de ejemplo: la excesiva velocidad entre A y B no ha constituido peligro para el borracho en C. Con lo cual falta el nexo final del fin de protección entre el conducir a excesiva velocidad contra el debido cuidado y el perjuicio del bien jurídico.

II. Ya sabemos que en los delitos dolosos el perjuicio antinormativo de un bien jurídico abarcado en el tipo legal contiene también elementos subjetivos. En contra de la opinión predominante representada en Alemania, para los delitos de imprudencia no cabe afirmar nada distinto.

a) Naturalmente, la opinión dominante exige para la punibilidad debida a acciones descuidadas también elementos subjetivos, si bien, por lo general, no precisamente como características típicas.

1. Existe acuerdo si el perjuicio antinormativo y típico de un bien jurídico al menos ha podido ser reconocido; y la previsión o previsibilidad con ello exigida del perjuicio de un derecho, en opinión mayoritaria, debe ser determinada de acuerdo con un llamado "doble criterio". Por una parte, como se exige, debe haber sido *generalmente* previsible el perjuicio del bien jurídico, y, por otra, la penalidad depende de que al autor, conforme a sus cualidades y conocimientos *individuales* en el caso concreto, le haya sido posible prever el perjuicio del bien jurídico. A pesar del amplio reconocimiento de este "doble criterio", reina una considerable falta de claridad sobre su importancia sistemática para la configuración del delito, si bien la previsión individual es adjudicada mayoritariamente al ámbito de la culpabilidad.

2. Según el sistema aquí propuesto, también pueden ser aclaradas estas cuestiones. Si se piensa que la previsión y la previsibilidad son de naturaleza en extremo subjetiva y existen exclusivamente como características individuales, el hablar de la previsión general parece, cuando menos, sorprendente y sin embargo resulta correcto.

Ya hemos visto que el tipo legal objetivo exige un nexo causal entre conducta descuidada y perjuicio de un bien jurídico y, en los delitos de resultado, además entre conducta y resultado. Esta causalidad, sin embargo, según la opinión predominante de Alemania, si bien contra la jurisprudencia, ha de determinarse con la fórmula de la llamada Teoría de la Adecuación sobre sí, conforme al juicio de un observador sensato, en el pronóstico objetivo-posterior se podía contar con el concreto perjuicio del bien jurídico. La previsibilidad general exigida por el llamado "doble criterio", tan sólo ha de reconocerse, por ende, como característica de la causalidad y, con ello, del tipo legal objetivo.

3. La previsión y previsibilidad individual es reconocida, ilimitadamente, en el sistema aquí sugerido como presupuesto de la penalidad. Ahora bien, ello no ocurre como elemento de culpabilidad, sino como elemento del tipo subjetivo.

Esta sorprendente clasificación, al menos para la dogmática penal, resulta de la definición del tipo legal como un perjuicio *evitable* de un bien jurídico: lo que no era por lo menos previsible para el autor individual, tampoco puede ser evitado, por lo demás, con esto tan sólo se saca una consecuencia de la teoría finalista, a saber, que de la misma manera que el dolo, entre otras cosas como previsión del perjuicio de un bien jurídico, ha pasado de la culpabilidad al tipo subjetivo, así también la previsión y previsibilidad en los delitos de imprudencia. Con esto

se ha logrado una construcción del delito de imprudencia que —por primera vez— es paralela a la del delito doloso. De la misma manera que el dolo exige el completo conocimiento y con ello la previsión de las características del tipo legal objetivo, así, de manera correspondiente, la imprudencia exige como mínimo su previsibilidad.

B. LA ANTIJURIDICIDAD DE LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA

I. Estado de la cuestión

Permítaseme un resumen inicial. Todos los perjuicios inevitables de un bien jurídico, es decir, aquellos que han sido causados a pesar de un comportamiento cuidadoso y con ello socialmente adecuado, no infringen la norma. Con esto, se le reconoce al cumplimiento de las reglas del tráfico social un efecto ya excluyente del tipo legal: un efecto muy amplio que, al menos todavía, no ha sido admitido por la antigua jurisprudencia. En una resolución del año 1957, el Tribunal Supremo Federal (BGHZ 24, 21) tan sólo concedió que la observancia de las reglas del tráfico por carretera y ferrocarril podía justificar perjuicios típicos de un bien jurídico. A partir de aquí se ha desarrollado en el Derecho Penal la especial causa de justificación del comportamiento adecuado al tráfico, una opinión que todavía se mantiene en la literatura.

Esta decisión del Tribunal Supremo Federal es de gran importancia por tocar un punto especialmente crítico en la problemática de la punibilidad de la acción descuidada. Si pensamos en la naturaleza humana en general, podríamos calificar al hombre, *cum grano salis*, por así decir, como un típico ser descuidado. Rara vez él presta toda la atención y todo el esmero que serían precisos. Además, hay que pensar que una reflexión timorata de todas las posibles reglas de cuidado conduciría a una considerable paralización del progreso técnico, incluso del social, pues condenaría al hombre en gran parte a la inactividad. Como vienen a demostrar las estadísticas de accidentes, las reglas de la circulación rodada son, por decirlo sí, regularmente sobrepasadas y, sin embargo, en modo alguno es prohibido el tráfico por carretera, como tampoco lo son el aéreo y el ferroviario, que no están libres de riesgos. También habría que preguntar si ya la mera venta, y hasta la fabricación de automóviles, de armas o de cigarrillos, no tendría que ser prohibida debido a su previsible efecto destructor de la salud y la vida, por ir contra las normas del cuidado debido.

Estas consideraciones muestran dos cosas: primero, que deben ser aceptados determinados riesgos que, a pesar de un gran despliegue de reglas de cuidado, son imposibles de domeñar por entero; y segundo, que igual-

mente hay que aceptar acciones descuidadas si es que no se pretende paralizar en gran parte la vida social. Precisamente este segundo punto ha tenido gran trascendencia en Alemania. En las llamadas "huelgas de celo", los controladores de vuelo alemanes paralizaron casi por entero la totalidad del movimiento aéreo ¡sencillamente por atenerse con toda exactitud y municiosidad a las reglas de cuidado prescritas para la seguridad de las comunicaciones aéreas!

Si el Derecho no quiere errar su función reguladora y ordenadora, tiene que tener presente estos aspectos. En mi opinión, ello se ha de hacer de una doble manera: un primer paso consiste en considerar la conducta cuidadosa como adecuada a la norma y fuera del tipo legal, incluso en los casos en que conduzca a perjuicios de un bien jurídico; y en un segundo paso, el orden jurídico debería permitir determinados perjuicios de un bien jurídico ocasionados por descuido. El primer paso se ha dado ya con la teoría del tipo legal aquí desarrollada; el segundo, hay que darlo ahora.

II. *Condiciones generales de la antijuricidad*

Me permito repetir lo siguiente: el perjuicio de un bien jurídico ocasionado culposamente y, por lo mismo, evitable, es contrario a la norma y, en la medida en que haya sido declarado como penado por la ley, también es típico. Si el Derecho se propone aceptar tales perjuicios de un bien jurídico, tendrá que proceder, como es natural, no sin excepciones y en cualquier caso. Por lo tanto, han de desarrollarse otras reglas que declaren como admitidos —y con ello lícitos— los perjuicios de un bien jurídico con infracción de la norma. Tales reglas son conocidas: se trata de las causas de justificación. Contra una opinión muy extendida, sin embargo, éstas no pueden eliminar la infracción de la norma; más bien, lo presuponen: sólo un perjuicio de un bien jurídico con infracción de la norma ya existente puede ser justificado excepcionalmente en un plano superior. Lo que no infringe ninguna norma, no precisa justificación alguna.

Ya hemos visto que, en interés del progresivo desarrollo de la humanidad, para satisfacer necesidades humanas, puede ser admitido por el orden jurídico un comportamiento descuidado. El Derecho puede, incluso debe, permitir que un médico practique una operación arriesgada y no conforme a las reglas del arte médico, cuando es el único medio de que puede disponerse para salvar la vida de una persona que, sin tal operación, moriría seguramente.

Tal orden jurídico debe, pues, admitir en casos excepcionales el riesgo de posibles perjuicios de bienes jurídicos por una conducta descui-

dada; y tales casos son, por lo mismo, calificados muy acertadamente como de *riesgo permitido*. En la doctrina penal alemana está así reconocido, si bien no existe claridad alguna sobre la clasificación sistemática de esta categoría. A mi manera de ver, la categoría del riesgo permitido sólo puede incluirse en el ámbito de las causas de justificación, porque presenta la misma estructura que el problema de la justificación, es decir, la colisión de bienes jurídicos diferentes.

a) En las normas permisivas legales tipificadas, como por ejemplo la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, el legislador mismo ha efectuado ya tal valoración. Pero esto no es suficiente: si no se pretende convertir en realidad el mencionado peligro de impedir el desarrollo social, el riesgo permitido ha de convertirse también, en otros casos, en causa de justificación; y, por consiguiente, creo necesario el reconocimiento de una nueva causa de justificación, a saber, la colisión suprallegal de bienes.

Dicha causa de justificación, por su objeto, abarca los casos en los que el autor persigue metas de valor social o, independientemente de ello, jurídicamente admitidas, y en su empeño, descuidadamente, perjudica otros bienes jurídicos. Este perjuicio, sin embargo, sólo puede ser justificado si el hecho imprudente se halla en proporción adecuada con la meta socialmente valiosa o jurídicamente admitida y, además, si la concreta acción descuidada ha sido necesaria precisamente en ser descuidada para lograr la meta propuesta: la operación médica descuidada y, por ende, fallida, quedaría, pues, justificada a causa de la colisión suprallegal de bienes si, como única posibilidad disponible para salvar al enfermo, ofrecía perspectivas de curación del mismo.

b) En extremo discutido es si también en los delitos de imprudencia la causa de justificación requiera del elemento de justificación subjetivo de la "voluntad de obrar jurídicamente". Quien considera que este elemento de justificación presupone la voluntad de menoscabar (lícitamente) un bien jurídico, naturalmente no puede reconocer causa alguna de justificación en delitos de imprudencia, o tiene que renunciar a los elementos subjetivos de justificación.

La teoría de las normas que aquí sirve de base nos constriñe, sin embargo, a una diferenciación entre el perjuicio típico de un bien jurídico y la norma permisiva que lo justifica. "Voluntad de obrar jurídicamente" no significa voluntad de menoscabar un bien jurídico, como tampoco significa que deba ser previsible ni que se haya previsto aquel menoscabo. Si ya la infracción de la norma y el tipo legal exigen previsión o bien previsibilidad del perjuicio de un bien jurídico, en modo alguno puede vislumbrarse en aquellas, a la vez, el elemento subjetivo de justificación. Por consiguiente, la "voluntad de obrar jurídicamente" tan só-

lo puede referirse a la conducta concreta, sin consideración de si ha sido o no prevista la ocasionada lesión del bien jurídico. Si el médico dice para sí "esta operación está permitida, por consiguiente la llevo a cabo", entonces se ha de afirmar el elemento de justificación subjetivo que aquí se exige.

C. LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA

Tan sólo es cuestionable en sustancia si para la punibilidad de delitos de imprudencia también se exige la potencial conciencia de la ilicitud.

Partiendo de las premisas antes desarrolladas, esta pregunta debe ser respondida afirmativamente. Objeto de la conciencia de la ilicitud es la oposición del perjuicio típico de un bien jurídico, reconocido y reconocible, y la totalidad del orden jurídico.

Con esto, el tipo legal subjetivo y la conciencia de la ilicitud son diferenciables. La previsión o también la previsibilidad del perjuicio de un bien jurídico es parte constitutiva de la evitable infracción de la norma y, con ello, pertenece al tipo legal subjetivo. Como objeto de la conciencia de la ilicitud, en consecuencia, no pueden ser tenidas ambas cosas en consideración. Si sólo falta la previsión del ocasionado perjuicio de un bien jurídico, falta por ende también su evitabilidad y, con ello, la conducta típica.

La potencial conciencia de la ilicitud consiste más bien en la posibilidad de reconocer que la conducta propia lesionante de un bien jurídico, con todas sus características objetivas y subjetivas, se opone al orden jurídico.

Con esto, quisiera poner fin a mis consideraciones. Dado que la actual dogmática alemana de la imprudencia, con seguridad, no puede hacer precisamente alarde de claridad sistemática, he tratado de exponer con cierto orden los problemas actualmente discutidos en el marco de una sistemática por así decir "personal". Pero si me ha sido posible eludir el reproche que yo mismo he hecho a la dogmática alemana por su falta de claridad, eso es cosa que dejo a la estimación de los lectores.