

La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español*

ALFONSO GUALLART Y DE VIALA

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

Como es sabido, el resultado no plantea graves problemas, en principio, en los delitos dolosos; porque en éstos se castiga tanto la infracción consumada como la tentativa y la frustración, si quiera graduadamente. En cambio, en los delitos culposos el resultado sí que tiene todavía hoy una importancia decisiva y controvertida.

De esta suerte, el profesor Antón Oneca —a quien con todo afecto dedicamos este trabajo— pudo escribir en 1949 (1) que mientras para los delitos dolosos basta con la voluntad dirigida al resultado, pues que aun cuando éste no se logre podrán siempre castigarse como frustración o como tentativa, los delitos culposos en cambio no son posibles, salvo rarísimas excepciones especialmente previstas en la ley, sin la realización de un daño.

Tal es la tradicional norma general: En las infracciones culposas, es exigencia para su castigo la producción de un resultado dañoso; la imprudencia o negligencia sin correlativo resultado es impune.

Cierto que esa norma se ha abierto a algunas excepciones, en el amplísimo devenir que la infracción culposa ha ganado en las sociedades modernas. Excepciones a la manera de las que, por lo que a nuestra patria se refiere y contando incluso con alguna figura expresa en la legislación penal especial (artículo 22 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1877), bien pueden estar constituidas por las infracciones de mera actividad o inactividad (delitos puros de omisión) y los delitos de peligro concreto, realizados en forma culposa. Nada impide, a mi juicio, el que estas infracciones puedan ser susceptibles —sin más limitaciones que las derivadas de las cláusulas generales de los artículos 565, 586 3.º y 600 del Código penal— de comisión culposa, a pesar de que en ellas

* Trabajo realizado para el libro-homenaje al profesor ANTÓN ONECA.

(1) *Derecho Penal*, I, Parte General, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, págs. 219-220.

no ha de darse un resultado material. No obstante, la excepcionalidad de estas situaciones no empaña el planteamiento inicial; máxime con las precisiones que sobre el «resultado» hemos de hacer más adelante.

Tenemos, pues, la norma general y de ella ya podemos derivar una cuestión hondamente interesante: ¿Estaremos castigando —como afirmara Hellmuth Mayer (2)— no al descuidado como tal, sino tan solo al que en su descuido tuvo mala suerte? Evidentemente, sí. El que de una conducta imprudente se derive un resultado lesivo depende la mayor parte de las veces del azar y, además, la gravedad del resultado no depende de la gravedad de la imprudencia (3).

Pues bien, de aquella función limitadora del resultado, dependiente ahora del azar, se ha extraído la consecuencia —por algún sector doctrinal— de que el resultado no tiene otro valor que el de una condición objetiva de punibilidad. Lo injusto del delito culposo —de seguirse un planteamiento finalista— estará constituido ya plenamente con el desvalor de la acción imprudente, es decir, con

(2) «Es wird ja nicht der Leichtfertige als solcher bestraft, sondern nur wer in seiner Leichtfertigkeit Pech hatte», en *Die folgenschwere Unmäßigkeit* (parág. 330 a StGB), publicado en la ZStW, tomo 59, págs. 283-335; concretamente pág. 324.

(3) QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, en ADP, VII (1954), I, págs. 45-70; concretamente, pág. 70. De «vergonzante responsabilidad por el azar» había calificado a la imprudencia RADBRUCH, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Besonderer Teil, tomo V, Berlín, 1905, págs. 185-203; concretamente págs. 201-202, nota 2. El resultado como elemento de azar en los delitos culposos, ha sido afirmado frecuentemente: EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit* (Eine strafrechtliche Untersuchung), Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1910, pág. 83; SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, en ZStW, tomo 65 (1953), págs. 519-538, concretamente pág. 529; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, tomo 21, Göttingen, 1957, pág. 10, nota 16; CERESO MIR, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, en la ZStW, tomo 71 (1959), págs. 136-145 (44-53), concretamente pág. 145 (53) (publicado también en castellano, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, en el ADP, 1959, III, págs. 561-570, concretamente pág. 569) y *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, en Homenaje a José Guallart y López de Goicoechea, Rev. TEMIS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tomo 25 (1969), páginas 273-294, concretamente pág. 287, nota 42 (reproducido en el ADP, 1970, III, págs. 581-603, concretamente págs. 595-596); ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, Sonderabdruck aus der Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Wien, 1964, págs. 41 y ss.; WELZFL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., Berlín, Walter de Gruyter, 1969, págs. 135-136, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 49, Verlag C. F. Müller, 1961, pág. 20; DETLEF KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, en la ZStW, tomo 76 (1964), págs. 19-68, concretamente pág. 62; JESCHECK, *La structure juridique de la négligence et son régime en Droit pénal moderne*, en la RIDP 1965, págs. 21-51, concretamente pág. 34; MERLE Y VITU, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujas, 1967, pág. 458; y DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, Duncker Humblot, 1973, págs. 142, 152-153 y 308.

la inobservancia o infracción del cuidado objetivamente debido, quedando erradicado del mismo el resultado. En la antijuridicidad, el contenido de la culpa —desde una visión causalista clásica— no comprenderá como elemento el resultado.

Posturas intermedias, como la de Welzel (4), sin negarle al resultado el carácter de elemento del tipo de lo injusto en los delitos culposos, destaca como decisivo el desvalor de la acción, es decir, la infracción del cuidado objetivamente debido. Para él, dado que los delitos culposos están constituidos todavía hoy, en su mayor parte, como delitos de lesión, a la realización del tipo pertenece el que la acción que no responda al cuidado debido se haya materializado en la lesión de un bien jurídico (5). Pero ese resultado no es la parte esencial para el Derecho penal; pertenece al tipo, para cumplir tan sólo una función reductora y límite de las conductas antijurídicas dignas de sanción (6).

En fin, si nos dejamos deslizar por esta pendiente de admitir que la producción del resultado no es esencial al delito culposo, podemos encontrarnos ante el problema de política criminal —apuntado por Armin Kaufmann (7)— de la conveniencia del castigo de la infracción del cuidado sin consecuencias. Conveniencia ya sentida, más o menos abiertamente, por algunos tratadistas (8).

(4) *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas por Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964, págs. 18, 35 y 75-76; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., pág. 21; y *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 129 y ss.

(5) *El nuevo sistema*, ya cit., pág. 75; y *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., pág. 135.

(6) WELZEL, *El nuevo sistema*, ya cit., págs. 18, 35 y 75-76; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., pág. 21; y *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., página 136.

(7) *Das fahrlässige Delikt*, ya cit., págs. 44-45 y 55. Con posterioridad ha subrayado la dificultad de una precisión del núcleo del tipo de la infracción de cuidado sin consecuencias, a la que señala como exigencia de la seguridad jurídica y como tarea de la moderna teoría de lo injusto; mientras tanto y como posibles caminos legislativos para el castigo de los más importantes supuestos de política criminal —infracciones del cuidado en torno a la vida e integridad corporal—, ha sugerido un enriquecimiento, en cuanto a sus características (manifiesta y típicamente unidas con un peligro —no concreto— para el cuerpo o la vida), de los delitos de peligro abstracto o una modificación o ampliación de los delitos de peligro concreto a los delitos de riesgo dudoso (supuestos que, según el estado de la ciencia en el momento del hecho, hacen dudar pueda producirse la lesión del bien jurídico). (*Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für Gesetzgebung*, separata de la *Juristenzeitung*, n. 18, 17 septiembre 1971, págs. 569-576, y, especialmente, páginas 575-576; y *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, separata del *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1974, págs. 393-414 y concretamente pág. 413.

(8) JEAN GRAVEN, *¿Cómo reprime el Derecho Suizo las infracciones por negligencia?*, traducción de Núñez Barberó, en ADP, 1967, I y II, págs. 245-287, concretamente pág. 286. LEGAL, *L'imprudence et la négligence comme source de responsabilité pénale* (Rapport présenté al VIII Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, Lisboa, 21-27 septiembre 1961), publicado en la RIDP 1961, núms. 3.º y 4.º, págs. 1079-1091, concretamente págs. 1086-1089.

Vendremos luego al análisis de las varias posturas doctrinales sobre la significación y función del «resultado».

EL RESULTADO

Desde un punto de vista dogmático, hemos de partir de una concepción genérica del resultado (9) comprensiva no sólo de la lesión de un bien jurídico, sino también del peligro del mismo (10)

MERLE Y VITU, *Traité de Droit Criminel*, ya cit., pág. 458. RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado en la teoría jurídica del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 1.º, 1977, págs. 49-62, concretamente págs. 61-62. DÜNNEBIER, *L'importance croissante des infractions involontaires dans le Droit pénal moderne* (Rapport al VIII Congrès de AIDP de 1961), publicado en la RIDP 1961, núms. 3.º y 4.º, págs. 911-921, concretamente pág. 920. HERZOG, *La repression des infractions involontaires* (Rapport présenté aus Journées franco-belgo-luxembourgeoises de Science pénale, Paris, 7 et 8 novembre 1958), publicado en la RDPC, 1958-1959, núm. 2, noviembre 1958, págs. 87-108, concretamente pág. 98. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la Culpa (Faute)* (Rapport VIII Congrès de l'AIDP de 1961), publicado en la RIDP, 1961, números 3.º y 4.º, págs. 855-879, concretamente págs. 874 y 879. LEBRET, *Les Rapports posés dans le Droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles (par faute)* (Rapport VIII Congrès de l'AIDP de 1961), publicado en la RIDP 1961, núms. 3.º y 4.º, págs. 1059-1077, concretamente págs. 1061-1063. Y NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposos (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Universidad de Salamanca, Imp. Caltrava, 1975, pág. 43.

(9) Vid. el resumen de las diversas concepciones sobre el resultado en BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, en la Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. XIII, núms. 34, 35 y 36, 1969, separata, Madrid, Talleres Gráficos, Viuda de C. Bermejo, 1969, págs. 446-451; y RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado en la teoría jurídica del delito*, ya cit., págs. 49-53.

(10) Vid. ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, ya cit., pág. 41. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 20 edic. alemana, por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Saldaña, tomo II, 2.ª edic., Madrid, Reus, 1927, pág. 289. ALTAVILLA, *La culpa*, traducción de Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1956, págs. 209-210. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 62 y 135; *El nuevo sistema del Derecho penal*, ya cit., págs. 68 y 75 y ss. BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la Rev. General de Legislación y Jurisprudencia (diciembre 1962), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1963, pág. 36. CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, separata de la ZStW, tomo 84 (1972), págs. 1033-1067, y concretamente pág. 1060 (publicado también en castellano, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, separata de la Rev. Nuevo Pensamiento Penal, año I (1972), número 2.º, págs. 217-246, y concretamente pág. 240. MEZGER-BLEI, *Strafrecht, I* (Allgemeiner Teil), 15 edic., München, Verlag C. H. Beck, 1973, pág. 226. BLEI, *Strafrecht, I* (Allgemeiner Teil), 17.ª edic. des von Mezger begründeten Werkes, München, Verlag. C. H. Beck, 1977, pág. 273. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* (Allgemeiner Teil), 3.ª edic., Berlin, Duncker Humblot, 1978, págs. 211 y 472. ECKHARD HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1973, págs. 11 y ss. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense (Serie: Derecho, número 19), publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, Editorial

en los delitos de peligro concreto. Necesaria es en éstos, como elemento de tipo, la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico, que podemos calificar de resultado.

Como antes advertimos, en los delitos culposos la norma general es que la causación de un resultado ha de haberse producido; y este «resultado» queda ampliado ahora, excepcionalmente, a la puesta en peligro concreto del bien jurídico. Y ello no obsta a la consecuencia de negar en el delito culposo las formas imperfectas de ejecución (11), calificadas por Carrara (12) de «monstruo lógico». En la tentativa —habría de decir Bernardino Alimena (13)— se obtiene menos de lo que se quiere, y en la culpa, más de lo que se desea.

No quisiera se me tachara de incongruente, a la manera de como con von Hippel hace Jiménez de Asúa (14), por negar aquí las formas imperfectas de ejecución, habiendo admitido el peligro

Católica Española, 1974, págs. 373-374. NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, ya cit., págs. 43-45, nota 180. Y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal* (Parte General), Madrid, Civitas, 1977, págs. 340 y 342.

(11) Negadas unánimemente en la doctrina española: ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Parte General), ya cit., págs. 219-220 y 408; CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, Gráficas Andrés Martín, 1964, págs. 9-10; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I, vol. 2.º, 17.ª edic., Barcelona, Bosch, 1975, pág. 623; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, Sucesores de Nogués, 1946, págs. 59-60; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Acta Salmanticensia, Universidad de Salamanca, Derecho, tomo V, núm. 1, 1963, pág. 28; POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, ya cit., pág. 373; QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, ya cit., pág. 53, *Culpa penal*, en NEJ Seix, tomo VI (1954), y páginas 117-128, y concretamente pág. 121, y *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, Bosch, 1958, págs. 198 y 201; DEL ROSAL, *Derecho penal Español* (Lecciones), 3.ª edic., Madrid, Aguirre Torre, 1960, págs. 430 y 435. Rodríguez Devesa las admite conceptualmente, pero las encuentra excluidas por la configuración legal de las mismas (*Derecho penal español*, Parte General, 5.ª edic., Madrid, Gráficas Carasa, 1976, pág. 659); similarmente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, en colaboración con CÓRDOBA RODA, CASABÓ RUIZ y DEL TORO MARZAL, tomo I, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 148-149.

(12) *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte Generale, vol. I, 11.ª edic. Firenze, Fratelli Cammelli, 1924, núm. 366, pág. 324; *Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. I, 5.ª edic., Firenze, Fratelli Cammelli, 1898, núms. 35 y 36, págs. 372-373; *Questioni sul tentativo*, en *Opuscoli...*, ya cit., vol. V, 3.ª edic., Prato, Giachetti, 1889, pág. 189; y *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción española por V. Romero Girón, Madrid, F. Góngora y Cía., 1877, págs. 20-26.

(13) *Principii di Diritto penale*, vol. I, Napoli, Pierrò, 1910, pág. 368.

(14) *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 2.ª edic., Buenos Aires, Losada, 1963, pág. 877. A pesar de esto, el mismo Jiménez de Asúa no adopta una postura clara sobre el particular. Afirma que es muy difícil, si no imposible, admitir la tentativa en los delitos de peligro abstracto, y en cuanto a los de peligro concreto (a los que nosotros nos estamos refiriendo), se conforma con no negar totalmente su posibilidad, considerando «harto premiosa» su construcción (*Tratado...*, ya cit., tomo III, 3.ª edic. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1965, núm. 1083, págs. 476-479; y tomo VII, Buenos Aires, Losada, 1970, págs. 880, nota 21).

concreto del bien jurídico como «resultado». Creo debemos distinguir en los delitos de peligro concreto su aspecto objetivo del subjetivo. Ciertamente el primero está constituido por una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido con un plus de peligro concreto para los bienes enumerados (15), pero, por lo que al segundo respecta, la conducta puede ser dolosa o culposa (16). Estamos, en principio, ante delitos dolosos de peligro, cuyas formas imperfectas de ejecución habremos de negar terminantemente de ser cometidos de forma culposa; la resolución delictiva necesaria a éstas hará imposible su afirmación.

Pero es que, además, y como ha señalado Rodríguez Mourullo (17), incluso la admisión de formas imperfectas de ejecución en los referidos delitos como tales, no deja de ser discutible. A este respecto, expresivas y aun convincentes para alguno (18), las opiniones por él recogidas de Rocco, Petrocelli y Vannini en sentido negativo: en los auténticos delitos de peligro, es decir, en los delitos de peligro concreto, la posibilidad o probabilidad de un peligro, el peligro de un peligro (la tentativa de una tentativa) no puede dar lugar a un delito imperfecto; o el peligro se ha producido y el delito queda así consumado, o no existe todavía peligro alguno y la conducta es penalmente irrelevante (19).

Discutible, sí, pero creo se están manejando conceptos dife-

(15) A Rodríguez Devesa se debe en nuestra patria la clarificadora delimitación, como aspecto objetivo, de la forma de conducta incriminada (*Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en Conferencias y Comunicaciones del V Curso Internacional del Derecho de la Circulación, celebrado en Madrid 25-31 marzo de 1963, Madrid, Hauser y Menet, 1963, págs. 523-527, y concretamente página 525; vid. también su *Derecho penal español, Parte Especial*, 7.ª edic., Madrid, Gráficas Carasa, 1977, pág. 943). Postura a la que se han adherido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (*Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3-1967, de 8 de abril*, en Rev. de Derecho de la Circulación, núm. 3, mayo-junio 1967, págs. 227-254, y concretamente págs. 235-236; y *El tratamiento penal de la conducción peligrosa en la legalidad vigente*, en Rev. de Derecho de la Circulación, núm. 1, enero-febrero 1971, págs. 1-32, y concretamente pág. 11), BERISTAIN (*El delito de peligro por conducción temeraria*. Notas al art. 340 bis-a (núm. 2), separata de la Rev. de Derecho de la Circulación, núm. 6.ª, noviembre-diciembre 1970, pág. 13) y ESCRIVÁ GREGORI (*La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pág. 116).

(16) Contrarios a esta posibilidad se muestran JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, pág. 875; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV (coordinado por Gimbernat Ordeig), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 492. CÓRDOBA RODA, aun admitiendo su posibilidad conceptual (la niega en las conductas del artículo 340-bis-b), estima que la peculiar naturaleza de estos delitos —punición de un momento anterior a la lesión culposa— inclina a pensar que excedería de la voluntad de la ley (*Comentarios al Código penal*, tomo III, Barcelona, Ariel, 1978, págs. 1251, 1259-60, 1276 y 1279-80).

(17) *Comentarios al Código penal*, ya cit., tomo I, pág. 141.

(18) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, ya cit., tomo IV, pág. 493.

(19) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., tomo I, págs. 141-142.

rentes. Estamos ante delitos de peligro, cuyo concepto no es equiparable al de tentativa (20) y, por tanto, no podemos hablar de «tentativa de una tentativa»; requieren el peligro concreto de un bien jurídico determinado y las formas imperfectas de ejecución no requieren tanto. Así, en la tentativa imposible faltará el peligro concreto para el bien jurídico protegido.

De tal suerte, y habiendo partido de un concepto de «resultado» comprensible del peligro concreto de un bien jurídico, no veo, en principio, inconveniente conceptual para la admisión de las formas imperfectas en estos casos. Como dice Maurach (21), al igual que los delitos de lesión, los de peligro son delitos de resultado y, por tanto, susceptibles de comisión incompleta. En nuestra patria, Córdoba Roda (22) admite igualmente tanto la tentativa como la frustración.

A mi juicio, y aunque estimo que con ello se está extendiendo excesivamente el ámbito de dichas figuras delictivas, la aplicación genérica que de las formas imperfectas de ejecución hace nuestro Código penal —excepción hecha de las faltas, por imperativo de su artículo 5— obliga a la postura afirmativa.

Cierto que con la creación de los delitos de peligro concreto se han venido a adelantar las barreras de protección penal, en la seguridad del tráfico, a un momento anterior a la lesión culposa de los intereses personales o patrimoniales (23); es decir, que si no existieran tales figuras (ni, con mayor razón, las de peligro abstracto) o tendríamos que aguardar a la producción de un resultado material —sin posibilidad de ejecución incompleta—, o atenernos a las infracciones del Código de la circulación. Ciertamente también que, en su excepcional configuración típica (en torno al concepto de peligro concreto), estas figuras delictivas exigen junto al desvalor de la acción (p. ej., conducción temeraria), un desvalor del resultado (v. gr., peligro concreto para la vida, la integridad o los bienes de una o varias personas determinadas) derivado de aquella conducta (24): «no basta que la acción sea peligrosa en

(20) «La naturaleza jurídica de la tentativa difiere esencialmente de la naturaleza jurídica de los delitos de peligro» (BERSTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria*, ya cit., pág. 20).

(21) *Deutsches Strafrecht* (Allgemeiner Teil), 4.^a edic., Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1971, pág. 504. Igualmente, JÜRGEN BAUMANN, *Strafrecht* (Allgemeiner Teil), 8.^a edic., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1977, pág. 509. Y aunque no tan abiertamente, ya K. BINDING había previsto su posibilidad: «Wäre dem Versuch die Gefährdung wesentlich, so könnte das Gefährdungsverbrechen die Scheidung von Versuch und Vollendung nicht dulden. Denn für das Gefährdungsverbrechen ist die Erzeugung der Gefahr der «Erfolg», und in seinen Anfangsstadium kann diese Gefahr noch nicht da sein. *Es giebt jedoch gradese den Versuch eines Gefährdungs wie den eines Verletzungsverbrechens*» (*Die Normen und ihre Übertretung*, tomo IV, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1919, Scientia Verlag, Aalen, 1965, pág. 395).

(22) *Comentarios al Código penal*, tomo III, ya cit., págs. 1260 y 1276.

(23) CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, ya cit., tomo III, pág. 1251.

(24) BERSTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria...*, ya cit., págs. 16 y ss. (especialmente, pág. 21); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El trata-*

general, ha de ser peligrosa en el caso concreto» (25). Y que de todo ello cabe deducir —máxime con la penalidad a estos hechos señalada— excedería de la voluntad del legislador la posible constitución de dichas infracciones por el mero desvalor de la acción, con otras palabras, o el peligro tendría que haberse producido y el delito se habría consumado, o no habría aparecido y la conducta podría ser considerada atípica (26). Pero no podemos olvidar, como ya hemos indicado, la voluntad objetiva de la ley: las formas imperfectas de ejecución en el «*iter criminis*» (frustración o tentativa) son obligatoriamente aplicables —salvo incompatibilidad conceptual— a todas las infracciones del Libro II de nuestro Código penal y, por tanto, a los delitos de peligro concreto.

De las líneas precedentes puede deducirse mi insatisfacción ante semejante conclusión, pero, de «*lege data*», no encuentro base alguna para excluir a los delitos de peligro concreto de aquella norma general. Delitos, como el de conducción temeraria, que en su forma consumativa tienen señalada una multa de 20.000 a 200.000 pesetas (nueva cuantía fijada por la reciente Ley 20/1978, de 8 de mayo) y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años (artículo 340 bis a), ¿pueden tener suficiente relevancia ético-social para ser castigados en sus formas imperfectas?

Por ello, de *lege ferenda*, una mayor limitación del ámbito de la ejecución incompleta a los delitos más graves, similar a la establecida en el parágrafo 23 del vigente Código penal alemán (27), solucionarían éste y otros muchos problemas, que una aplicación tan amplia e indiscriminada pueden provocar.

miento penal de la conducción peligrosa en la legalidad vigente, ya cit., págs. 12 y ss.; y ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, ya cit., págs. 98-99 y 117-118.

(25) BERISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria...*, ya cit., pág. 21.

(26) En este sentido, ESCRIVÁ GREGORI declara atípica aquella conducción temeraria de la que no se derive una situación concreta de peligro respecto a la vida, integridad y patrimonio de las personas (*La puesta en peligro...*, ya cit., págs. 117-118). CONDE-PUMPIDO FERREIRO, admitiendo la posibilidad técnica de las formas imperfectas de ejecución para estos casos, las niega luego tanto desde el punto de vista de la tipicidad como de la culpabilidad (*El tratamiento...*, ya cit., págs. 20-22).

(27) «Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt» (parágrafo 23,1, del Strafgesetzbuch). Evidentemente, al no existir en nuestro Código penal esa distinción entre «*crímenes*» y «*delitos*», el criterio limitativo bien podría situarse en la exigencia de un tope mínimo a la pena consignada para el correspondiente delito consumado.

NATURALEZA DEL RESULTADO. ANALISIS DE LAS VARIAS POSTURAS

Afirmada la necesidad de un resultado, por lo menos en cuanto a los delitos culposos como tales y en cuanto norma general, es la naturaleza de este elemento la que no deja de plantear problemas. Como antes apuntábamos, ¿se trata de un elemento esencial del tipo de lo injusto, de una condición objetiva de punibilidad, o de un elemento del tipo sí, pero con mero valor selectivo de las conductas antijurídicas dignas de sanción

La polémica no es reciente, aunque ha sido reavivada por el finalismo y, concretamente y sin limitación al delito culposo, por Diethart Zielinski (28) y Günter Stratenwerth (29).

El resultado ha venido considerándose tradicionalmente como un elemento esencial, constitutivo, del delito culposo (30). La causación del resultado típico venía a colmar, en el área de la antijuridicidad, el concepto de los delitos culposos en el campo penal (31). «Estos —habrá de escribir Carrara— no podrán imputarse a los efectos penales, si el daño directo, ocasionado por ellos no consiste en el despojo efectivo de un bien no reintegrable. No puede aceptarse la extravagante doctrina de algunos, que llegan nada menos que a sostener que se pueden incriminar hasta aquellos hechos culposos que no han ocasionado daño alguno» (32).

Si no se produce resultado, escribe Maggiore (33), no hay culpa punible, cualquiera que pueda ser el grado y la ilicitud de ésta (culpa grave o gravísima); el resultado debe considerarse, por tanto, como elemento constitutivo de la culpa.

Debe exigirse, dice von Liszt (34), la producción de un resultado contrario al derecho; el concepto actual del delito culposo se basa en que el resultado producido se considera como parte del acto mismo.

Para que exista delito culposo, es preciso —ha de decir Jiménez

(28) *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, ya cit.

(29) *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Werlag Otto Schwartz, 1975, págs. 177-193.

(30) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, tomo V, ya cit., págs. 875 y ss., y RICCIO, *Il reato colposo*, Milán, Giuffré, 1952, págs. 430 y ss.

(31) Ciertamente que lo mismo cabe decir para los delitos dolosos de resultado, pues la distinción entre unos y otros —según la concepción tradicional— no ha de establecerse en la antijuridicidad, sino más tarde en la culpabilidad. Como ha escrito Gimbernat Ordeig, «durante mucho tiempo el tipo penal fue concebido de tal manera que prácticamente consistía y se agotaba en la causación del resultado típico por una acción» (*El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1, 1971-2, págs. 265-288, concretamente pág. 273).

(32) *Programma...*, ya cit., vol. I, núm. 127, pág. 144.

(33) *Diritto penale* (Parte Generale), tomo I, 5.ª edic., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1961, pág. 464.

(34) *Tratado...*, ya cit., tomo II, págs. 417-418.

nez de Asúa (35), empleando los términos de la jurisprudencia española—, un mal efectivo y concreto: se precisa el daño o perjuicio, el «mal».

Pues bien, esta causación del resultado referida, en un principio y como acabamos de ver, al daño material, efectivo, logra su extensión al peligro concreto del bien jurídico en supuestos especiales. «El concepto de imprudencia como descuido contrario al deber —escribe von Hippel (36)— se mantiene siempre igual, tanto si el tipo concreto del delito representa la lesión de un bien jurídico, como el peligro de éste».

En definitiva, para la concepción tradicional el eje de lo injusto del delito culposo ha venido a constituirse precisamente en torno a este resultado, es decir, a la producción de un resultado típico, al que habrá que sumar más tarde (en la culpabilidad) la previsión o previsibilidad y evitabilidad del mismo por parte del autor. Engisch habrá de resaltar, ya en 1930, la existencia de un, «muy esencial», tercer momento, constituido por el «cuidado externo» (37), es decir, por la infracción de un deber general de cuidado (38).

No obstante, la influencia decisiva del azar —como ya advertimos en el inicio de este trabajo— en la producción del resultado, unida a la afirmación indiscutible de que la norma en los delitos culposos no puede prohibir la causación de un resultado, indujo a la conclusión, ya en la doctrina clásica, de que éste no tenía otro significado que el de mera condición objetiva de punibilidad. La infracción voluntaria de la norma de conducta venía a ser así el elemento constitutivo del delito culposo.

De tal suerte, el delito culposo es, en frase de Manzini, «una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual deriva, como de causa a efecto, un evento dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito, producido involuntariamente...» (39). Por tanto, lo injusto de la conducta está constituido por su carácter genérico o específicamente contrario a la policía o a la disciplina; el resultado no es sino «una

(35) *Tratado...*, ya cit., tomo V, pág. 875.

(36) Admite incluso el peligro abstracto. *Deutsches Strafrecht*, vol. II, Neudruck der Ausgabe Berlin, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1971, pág. 365. Limitándose al peligro concreto, extiende también a éste los efectos de la culpa, MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, 4.^a edic., aggiornata dai professori P. Nuvolone e G. D. Pisapia, vol. I (a cura de Pisapia), Torino, UTET, 1961, núm. 258, págs. 742-747.

(37) *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Neudruck der Ausgabe Berlin, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, págs. 277-278. Ya mucho antes, EXNER había vislumbrado este cuidado objetivo como exigencia en «el ámbito de relación» (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*, ya cit., pág. 193).

(38) Vid. la excelente monografía sobre el particular de TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, en el ADP 1964, I, páginas 25-59.

(39) *Trattato...*, ya cit., vol. I, núm. 258, págs. 742-743.

condición de punibilidad de la acción voluntaria como delito culposo y ningún elemento constitutivo del hecho punible» (40).

El artículo 43 del Código penal italiano hace referencia, según Manzini (41), a la conducta genéricamente contraria a la policía o a la disciplina a través de la negligencia, imprudencia o impericia profesional; y a la específicamente contraria con la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas.

La acción debe ser voluntaria y, al decir de Manzini, debe existir un vínculo causal entre ésta y el resultado; pero «en los delitos culposos, la imputabilidad psíquica no se refiere al evento dañoso o peligroso, que por lo regular es absolutamente involuntario, sino a la conducta ilícita en cuanto ha ocasionado, involuntariamente, ese evento» (42). El elemento imputable de los delitos culposos está virtualmente perfecto en cuanto el individuo haya realizado la conducta ilícita voluntaria; la verificación del resultado condiciona solamente la punibilidad de dicha conducta, y si éste no se produce —«meglio per il soggetto»— mejor para el sujeto (43).

Ottorino Vannini vino en desarrollo de esta doctrina, con singulares razonamientos que podemos esquematizar de la siguiente forma (44): según él, es preciso distinguir entre el fin político-criminal de una norma y el bien jurídico inmediatamente protegido. Las normas de los delitos culposos sirven al fin político-criminal de la protección de los bienes jurídicos lesionados por el resultado; la norma del homicidio culposo protege, en este sentido, el bien jurídico de la vida. Sin embargo, el bien jurídico protegido inmediatamente por las normas de los delitos culposos es siempre un interés de policía o disciplina. Las normas de los delitos culposos contienen siempre el mandato «sed prudentes», «sed diligentes», para no causar éste o aquél resultado. La norma del homicidio culposo no contiene la prohibición «no causar la muerte de un hombre», sino el mandato «actua con prudencia, sed diligentes» para no causar la muerte de un hombre. El delito culposo sería, de lo contrario, un delito (infracción de un mandato o prohibición), cuya esencia estaría constituida por la infracción involuntaria de una prohibición. La diferencia entre los diversos delitos culposos viene dada por la diferencia de los resultados causados que trascienden la lesión del interés de policía protegido. Pues bien, para él, con la infracción del mandato «sed prudentes, sed diligentes» para no causar este o aquel resultado, es decir, con la realización de acciones que lesionan genérica o específicamente un interés de policía está dado ya lo injusto de los delitos culposos. La ma-

(40) *Ibidem*, pág. 745.

(41) *Ibidem*, pág. 743.

(42) *Ibidem*, págs. 744-745.

(43) *Ibidem*, pág. 745.

(44) *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del Codice penale)*, nuova edizione riveduta ed accresciuta, Milano, Giuffrè, 1952, págs. 53-62; y su *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Firenze, 1948, págs. 111 y ss. y 121-122.

teria de la prohibición de los delitos culposos comprende sólo la acción imprudente. El resultado es sólo una condición externa de punibilidad. Finalmente, hemos de advertir que, en realidad, la culpa desaparece, en Vannini, como forma de culpabilidad. La culpa inconsciente no es, según él, una forma de culpabilidad; es sólo una forma de responsabilidad objetiva. La culpa consciente queda reconducida a un delito doloso de peligro.

He aquí, en sus caracteres más significativos, el planteamiento de dos de sus más genuinos exponentes dentro de la doctrina clásica. A ellos cabría agregar otros nombres, como Finzi, Capolazza, Tolomei, Altavilla, etc. (45), pero creo preferible ceñirme a las más recientes opiniones que siguen el mismo camino.

En este sentido, ha sido dentro de la doctrina de la acción finalista donde el problema se ha visto revitalizado; y ello sin limitación al delito culposo. La postura intermedia de Welzel, que a continuación estudiaremos, queda, de esta forma, desbordada por sus discípulos.

Así, Armin Kaufmann sigue inicialmente los pasos del maestro y, en su estudio de 1964 sobre el delito culposo (46), aún declarando el carácter no esencial del resultado para el delito culposo, no lo relega abiertamente a condición objetiva de punibilidad. Es precisamente en el homenaje a Welzel, cuando afirma esto claramente: «La producción del resultado —dice— no es ninguna condición necesaria de la transgresión de la norma, es decir, de la tipicidad o antijuridicidad, sino **condición de punibilidad**» (47).

En la misma dirección, Horn (48) identifica injusto con injusto de la acción y califica a la realización del resultado típico como condición «suplementaria» de punibilidad.

Discípulo directo de Welzel, y, a la vez, de Jiménez de Asúa, Enrique Bacigalupo mantiene al resultado como elemento del tipo en los delitos dolosos, pero rechaza semejante condición en los culposos: «en el delito doloso el resultado es un elemento del tipo porque el autor dirige la causalidad al resultado. Pero, en el delito culposo, la norma no puede dirigirse a una causación ciega de

(45) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, págs. 878-880; y RICCIO, *Il reato colposo*, ya cit., págs. 430-444.

(46) *Das fahrlässige Delikt*, ya cit., especialmente págs. 43 y s. y 53 y ss. En similar sentido se había pronunciado ya antes en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1954, págs. 71-72; y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1959, págs. 20-21. No obstante, expresivas resultan ya sus siguientes palabras: «In dem präzisen Sinne, den Binding diesem von ihm geschaffenen Begriff gegeben hat, würde es sich zweifellos um eine «objektive Strafbarkeitsbedingung» handeln: Zur schuldhaften Normübertretung tritt die Erfolgsverursachung als Anknüpfungspunkt für die Strafbarerklärung hinzu» (*Das fahrlässige...*, págs. 43-44).

(47) «Der Erfolgseintritt ist keine notwendige Bedingung der Normübertretung, d. h. der Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, sondern *Bedingung der Strafbarkeit*» (*Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, separata del Festschrift für Hans Welzel, ya cit., pág. 411).

(48) *Konkrete gefährdungsdelikte*, ya cit., págs. 78 y ss. y 103.

resultado. Esta pura derivación causal, en consecuencia, queda fuera del objeto prohibido por la norma y solamente constituye un elemento que condiciona la punibilidad, pero que no forma parte del objeto de la prohibición (acción violatoria del deber objetivo de cuidado). Esta función limitadora del resultado, dependiente de la casualidad —pues a veces de una acción descuidada se deriva un resultado, pero otras no— coincide con la función de las condiciones objetivas de punibilidad y por ello el resultado reviste esta calidad y no la de elemento del tipo» (49).

Pero quien desde el principio lleva a sus últimas consecuencias el pensamiento de Welzel es Diethart Zielinski. En su tesis doctoral, sobre el desvalor de la acción y desvalor del resultado en el concepto de lo injusto, defiende que éste, tanto en el delito doloso como en el culposo, se «agota» en el desvalor de la acción: injusto penal es injusto de la acción; el resultado de una acción es siempre casual («Produkt des Zufalls») (50). «Injusto como aquello —dice Zielinski—, que referido a una norma no debe ser, que está prohibido, puede ser sólo y exclusivamente una acción (final) que tiende a la lesión del objeto del bien jurídico» (51).

Ciertamente que admite que cuanto más grande es el daño causado y cuanto menos se puede reparar, tanto más fuerte es la exigencia por una venganza compensatoria, por la expiación y por la restauración de la paz jurídica, pero niega su influencia «en la magnitud de lo injusto y de la culpabilidad», siendo, si acaso, la pena en su función de restablecer la paz jurídica la que puede verse afectada (52). Para él, lo injusto de los delitos culposos, consiste en la ejecución de una acción final prohibida, no descrita en el tipo, pero que consiste en la infracción de una norma de cuidado, que tiene que ser averiguada mediante el método heurístico del cuidado necesario en el ámbito del tráfico (53). Lo que no puede hacer, sin embargo, como no hace, es prescindir del resultado para la determinación de la necesidad de la pena, siquiera lo conciba como el pretexto para el castigo de una determinada falta de cuidado y no como medida para la gravedad de la pena (54).

Finalmente, peculiar en su construcción lo es también la concepción de la culpa consciente en identidad al dolo eventual, limitando los delitos culposos sólo a las acciones inconscientes contrarias al cuidado (55).

(49) *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, pág. 140.

(50) *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, ya cit., en especial págs. 128 y ss., 135 y ss., 153 y ss., 168 y ss., 185 y ss., y 308-309.

(51) *Ibidem*, pág. 127.

(52) «... Nicht auf die Grösse von Unrecht und Schuld durchschlagen, sondern allenfalls die Strafe in ihrer Funktion, den Rechtsfrieden wiederherzustellen, beeinflussen» (*ibidem*, pág. 207 y, en cuanto al inciso transcrito, nota 25).

(53) *Ibidem*, págs. 168 y ss., 171 y ss. y 309.

(54) *Ibidem*, pág. 217.

(55) *Ibidem*, págs. 162 y ss.

He aquí, pues, una limitada exposición de la postura de aquellos que, tanto en la doctrina tradicional como en la finalista, relegan la causación del resultado a una mera condición objetiva de punibilidad. El resultado ha pasado así de un extremo al otro.

Como ya apuntamos, Welzel viene a constituir la posición intermedia. Ciertamente que con él, el resultado pasa a un segundo plano, pero no llega a negarle el carácter de elemento del tipo de lo injusto (56). Con la teoría finalista de la acción, es el desvalor de ésta el que ha venido a constituir el núcleo de lo injusto. Y no debe, por tanto, extrañar que en su desarrollo se sitúe al resultado en posición tan postergada: «La posición consecuente radical —ha llegado a afirmar Suárez Montes— lleva a la comprensión del resultado como una mera condición objetiva de punibilidad» (57).

El inicio de este prevalimiento de la acción sobre el resultado, podemos verlo ya, dentro de la dogmática penal tradicional, en Exner y Engisch. Comienza a vislumbrarse en el primero y con referencia a la antijuridicidad, la existencia de un deber objetivo de cuidado o cuidado debido en el «ámbito de relación»; pero, presentando a la culpa como una forma de culpabilidad, la fusión entre antijuridicidad y culpabilidad en este punto es afirmada como indiscutible (58). Más claramente, Engisch señala la existencia de este deber objetivo de cuidado como elemento de lo injusto en el delito culposo (59). Resalta como materia de la prohibición la acción imprudente, con independencia de que se materialice en un resultado; éste fundamenta la reprensión penal, al señalar la lesión de la norma punible (60). Pero, como se ha dicho (61), ¡esto parece coincidir con una condición objetiva de punibilidad!

Con estos precedentes —y con su consecuencia del «riesgo permitido»— se ha dado el primer paso, en la teoría tradicional, desde el desvalor del resultado hacia el desvalor de la acción (62). Desvalor de la acción que logra su consagración con Welzel y la teoría finalista de la acción.

Para Welzel y como punto final a su continuada reelaboración

(56) En el mismo sentido, FRIEDRICH SCHAFFSTEIN ha venido a atribuir ahora una significación primaria en el basamento de lo injusto al desvalor de la acción, dejando al resultado un significado meramente secundario, en todo caso un significado que aumenta lo injusto (*Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en *Festschrift für Welzel*, ya cit., págs. 557-578, concretamente págs. 561-562).

(57) *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Ediciones Rialp, Madrid, 1963, pág. 75.

(58) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, ya cit., págs. 193 y ss.

(59) Vid. supra, nota 37.

(60) *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit...*, ya cit., páginas 341-342.

(61) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., pág. 21, nota 49.

(62) WELZEL, *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 35.

en la concepción del delito culposo (63), el elemento esencial, constitutivo, de lo injusto de los delitos culposos no radica en el resultado causado, sino en la forma de realización de la acción: observancia o inobservancia del cuidado requerido en el tráfico o cuidado objetivamente debido (64). Con este desvalor de la acción queda ya fundamentado, para él, plenamente lo injusto material de los delitos culposos (65). Es por su configuración legal predominante, todavía hoy, como delitos de resultado, por la que deviene necesaria la producción de éste (66).

Establecida la necesidad de resultado, siquiera sea de lege data, las dudas surgieron a Welzel a la hora de determinar la función a desempeñar por éste en el delito culposo (67). Por un lado, y afirmando una cierta obscuridad en torno al concepto de las condiciones objetivas de punibilidad, admite a favor de semejante calidad que, si el tipo comprende la «materia de prohibición» (es decir, las características objetivas de la conducta prohibida o realización de la acción imprudente), el resultado no forma parte del mismo; por otro, al exigir una «relación específica» entre acción típica y resultado o, con otras palabras, que no basta con que la acción contraria a cuidado produzca de cualquier manera un resultado, sino que es preciso que éste sea precisamente la concreción de aquélla, le permite considerar justificada la inclusión del resultado en el tipo de los delitos culposos (68). El resultado aparece así incorporado al tipo de lo injusto, pero no goza de una función constitutiva, sino tan sólo selectiva y limitadora de las conductas imprudentes merecedoras de sanción (69). Y ello en base a que el derecho positivo se conforma con una selección, a través del resultado producido, de aquellas conductas; y cuya motivación pudiera estar, según Welzel, en la practicabilidad (la lesión del cuidado con consecuencias es más palpable que la que carece

(63) Vid. supra esquemática presentación de su actual postura en página 619. Para una visión detallada de la evolución operada por WELZEL en este punto, vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y Finalidad* (Los delitos culposos y la teoría final de la acción), Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967, páginas 34 y ss.; CEREZO MIR, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, ya cit., págs. 136-145 (en castellano, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, ya cit., págs. 561-570), y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ya cit., págs. 1040 y ss. (en castellano, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, ya cit., págs. 224 y ss.).

(64) *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., especialmente págs. 11 y 13; *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 40 y 128 y ss.; y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 18, 34-36 y 69 y ss.

(65) *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 18.

(66) *Fahrlässigkeit...*, ya cit., págs. 19-20; *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 135-136... y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 75-76.

(67) «Nicht leicht ist es, die Funktion zu bestimmen, die der Erfolg im fahrlässigen Delikt besitzt» (*Fahrlässigkeit...*, ya cit., pág. 20).

(68) *Ibidem*, págs. 20-21.

(69) Vid. supra, nota 6.

de éstas) o, ante todo, en el sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien» (70).

Como acabamos de ver, Welzel ha revitalizado el papel de la acción en la constitución de lo injusto de los delitos culposos. Ciertamente que el resultado ha pasado a muy segundo plano, pero no con ello se renuncia, como pudiera parecer, a que el resultado pertenezca al tipo de lo injusto, ni menos a que haya sido producido culpablemente (71). Desvalor de la acción y desvalor del resultado pertenecen al tipo de lo injusto; la reprochabilidad personal por la infracción del cuidado objetivamente debido se mantiene en la culpabilidad.

No obstante, si la postura extrema de considerar al resultado como condición objetiva de punibilidad ha tenido abundantes contradictores (72), tampoco ha satisfecho esta postura intermedia de Welzel.

En este sentido, clara reafirmación del valor del resultado para lo injusto (73), es la presentada por Stratenwerth, dentro del finalismo, con ocasión del homenaje a Schaffstein (74).

(70) *Fahrlässigkeit...*, ya cit., pág. 21; *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., pág. 136; y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 75-76.

(71) No compartimos, por eso, tal conclusión de renuncia a que llega RODRÍGUEZ DEvesa, al mismo tiempo que atribuye a CEREZO MIR y a SUÁREZ MONTES la afirmación de que para WELZEL basta con que exista un vínculo causal entre el resultado y la acción antijurídica culposa (*Derecho Penal Español*, Parte General, ya cit., págs. 405-406 y, en cuanto a lo segundo, página 405, nota 26). Como acabamos de ver, WELZEL exige que la lesión del bien jurídico sea precisamente consecuencia de la infracción del cuidado objetivamente debido, lo que justifica, para él, la pertenencia del resultado al tipo de lo injusto; y a ello habrá que sumar más tarde (en la culpabilidad), el deber subjetivo de cuidado. Por otro lado, lo que tanto CEREZO MIR (notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 18, nota 4, y 35, nota 6; y *La polémica...*, ya cit., págs. 240-241), como SUÁREZ MONTES (*Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, ya cit., págs. 75 y ss.) critican de WELZEL es que si con el desvalor de la acción queda ya plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos, consecuentemente debería bastarle con la existencia de un mero vínculo causal entre la infracción del cuidado y el resultado, y esto es precisamente lo que WELZEL no admite al exigir que la lesión del bien jurídico sea precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

(72) Vid. las numerosas críticas por lo que a la doctrina tradicional respecta, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, págs. 879-880. Con referencia al finalismo vamos a ver a continuación en el texto las posturas más sobresalientes.

(73) Valor constitutivo del resultado en equiparación con el desvalor de la acción defendido también abiertamente por DETLEF KRAUS, quien, al darnos una visión crítica del concepto de lo injusto a la luz de las teorías clásica, finalista y social, repudia —cuando menos de «lege data»— el mínimo valor asignado por WELZEL al resultado en lo injusto de los delitos culposos (*Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, ya cit., págs. 59 y ss.).

(74) Ciertamente que ya antes había defendido el valor constitutivo del resultado (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, en la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, tomo 79 (1963), págs. 233-256), pero creo preferible ceñirme a este último estudio por ser el desarrollo de su pensamiento.

En logrado cuadro esquemático, afirma que lo injusto sólo está basado plenamente cuando se dan desvalor del resultado y desvalor de la acción (75). Si en una situación solamente se produjera el desvalor de la acción y no el del resultado, la consecuencia que nos presenta es la siguiente: en los delitos dolosos puede darse tan sólo lo injusto de una tentativa, si es que ésta aparece conminada con pena; en los delitos culposos no queda otra alternativa que la impunidad, a no ser que la culpa sin consecuencias aparezca excepcionalmente tipificada (76).

De tal suerte, la exigencia y el significado de uno y otro desvalor, al decir de Stratenwerth, nos lo habrá de dar el tipo —«no existe ningún injusto penal sin tipo»—; y si éste exige, como en la mayoría de los delitos culposos, el desvalor del resultado, el desvalor de éste no es menos constitutivo de lo injusto que el desvalor de la acción (77).

Aceptando la premisa de que las normas sólo pueden prohibir conductas y no resultados, rechaza terminantemente haya base en ella para una relegación del resultado a condición objetiva de punibilidad, así como que de la casualidad del resultado derive una responsabilidad por el azar, en el sentido de que no puede afirmarse que el autor no tiene que ver nada con el resultado cuando éste se produce (78).

Finalmente, censura la consecuencia a que debería llevar la negativa de influencia del resultado en la medida de la pena para el delito culposo, de que cualquier efecto imaginable podría darnos la pauta (79).

En nuestra patria, Cerezo Mir, discípulo directo de Welzel y expositor más caracterizado de la doctrina de la acción finalista, ha venido también a sumarse a la crítica de la función asignada por su maestro al resultado en los delitos culposos.

Partiendo de la misma base de que la norma en el delito culposo «no puede ser una prohibición de causar un determinado resultado, sino un mandato de observar el cuidado necesario en el tráfico para evitar la lesión del bien jurídico», acepta también como indiscutible que con la inobservancia de ese cuidado objetivamente debido queda infringida ya plenamente aquélla (80). De tal suerte, toda conducta que infrinja ese mandato es ya antijurídica, pero con ello no ha podido quedar todavía constituido lo injusto del delito culposo, si se exige —como hace Welzel y el mismo Cerezo— que el resultado sea precisamente consecuencia de la infracción de cuidado objetivamente debido (81).

(75) *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, ya cit., pág. 178.

(76) *Ibidem*, pág. 179.

(77) *Ibidem*, págs. 179-180.

(78) *Ibidem*, págs. 182-186.

(79) *Ibidem*, págs. 187-189.

(80) CEREZO MIR, notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 18, nota 4, y pág. 35, nota 6; y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista...*, ya cit., pág. 240.

(81) Vid. nota anterior.

He aquí, el punto de discrepancia entre maestro y discípulo. Si, según Welzel, con el desvalor de la acción (inobservancia del cuidado objetivamente debido) queda ya plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos, ¿por qué exige que el resultado sea precisamente consecuencia del desvalor de la acción?; consecuentemente, debería bastarle —afirma Cerezo y en la misma línea hay que situar a Suárez Montes— con la existencia de un mero vínculo causal entre uno y otra, y con ello habríamos de reconocer que la aparición del resultado no es otra cosa que una condición objetiva de punibilidad (82).

Efectivamente, es ésta la consecuencia lógica a la que han derivado, como antes veíamos, abundantes autores finalistas (siquiera algunos no se resignen al mero vínculo causal), y a la que se ha acogido plenamente Beristain (83).

Finalmente, esa exigencia de que el resultado sea precisamente consecuencia de la infracción de la norma de cuidado, no sólo justifica —a juicio de Cerezo— la pertenencia del resultado al tipo de lo injusto, como Welzel deduce, «sino que es una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos» (84).

Desde distinto punto de partida, Suárez Montes critica la sutil solución dada por Welzel a la naturaleza del resultado y llega a similares conclusiones (85). Si se insiste, como Welzel hace, en que el desvalor de la acción —constituyente de lo injusto— no puede aumentar por la producción del resultado, ni disminuir por su no producción, «con ello no hace sino poner de manifiesto que, según los principios fundamentales del finalismo, no puede pertenecer al tipo de lo injusto algo que, sin embargo, es esencial, **coconstitutivo** del injusto de los tipos culposos» (86). He aquí, según Suárez Montes, una limitación intrínseca a la concepción finalista: el resultado no puede pertenecer ni a la acción (la finalidad no puede comprenderlo), ni al tipo de lo injusto y, por tanto, en posición consecuente, no podría ser otra cosa que mera condición objetiva de punibilidad (87). A pesar de ello y como hemos visto, Welzel no renuncia a situar el resultado dentro de lo injusto de los delitos culposos, siquiera con mera función selectiva y límite.

Por último, la específica relación entre la lesión del cuidado y la producción del resultado, no sólo justifica —como Welzel ha hecho— la inclusión de éste en lo injusto, sino que, al decir de

(82) Vid. nota 71.

(83) *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, ya cit., pág. 24, nota 35 y págs. 35-37.

(84) CEREZO MIR, notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 18, nota 4, y pág. 35, nota 6; y *La polémica...*, ya cit., pág. 241.

(85) *Consideraciones críticas...*, ya cit., págs. 75 y ss.

(86) *Ibidem*, págs. 81-82.

(87) *Ibidem*, págs. 69-71 y 74-76.

Suárez Montes, supone un «plus de injusto de los tipos culposos», un elemento constitutivo del mismo: desvalor de acción y desvalor del resultado son igualmente indispensables (88) (89).

Con ello, creo que podemos poner punto final a esta exposición de las diferentes posturas en torno a la naturaleza del resultado en los delitos culposos. Las distintas construcciones precedentes nos muestran el cambio que en la dogmática penal se ha producido: naturaleza esencial y prácticamente exclusiva en la constitución de la antijuridicidad es la que se confiere a la causación del resultado típico por una acción (cuyo carácter doloso o imprudente habrá de determinarse en la culpabilidad) por la doctrina clásica en general; desplazamiento del resultado a mera condición objetiva de punibilidad, por un sector, eminentemente italiano, de la doctrina tradicional; y revalorización del valor de la acción por el finalismo, con tres posibles derivaciones con respecto al resultado: elemento constitutivo de lo injusto al lado de la acción, mera condición objetiva de punibilidad, o elemento sí, pero con una función o significación solamente selectiva de las acciones lesivas del cuidado jurídico-penalmente relevantes.

Por mi parte, a la hora de adoptar una postura, estimo aconsejable, dada la singular configuración que los delitos culposos tienen todavía en el Código penal español, hacerlo parejamente a la presente crítica de ésta que a continuación pasamos a considerar.

SITUACION EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL VIGENTE: TOMA DE POSICION

Si como ha escrito Stratenwerth «no existe ningún injusto penal sin tipo» (90), nada mejor que el estudio de la formulación típica de los delitos culposos en nuestro derecho vigente para una comprensión correcta del problema.

Cierto que se ha dicho (91) que es, en nuestra dogmática, absolutamente intrascendente esta cuestión sobre la naturaleza del resultado en los delitos culposos. Pero creo que una correcta situación sistemática habrá de sernos de gran utilidad, tanto de lege data como de lege ferenda.

Conocidas son por todos y no voy a transcribir aquí, las cláusulas generales a través de las cuales se castiga, desde 1848,

(88) Ibidem, págs. 75-82.

(89) Desvalor de acción y desvalor de resultado igualmente declarados como indispensables en lo injusto de los delitos culposos por RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, rechazando la postura de WELZEL, declara cómo en la mayor parte de los casos lo que determina la conversión del desvalor de la acción «en injusto típico (penal) es precisamente la aparición de la ofensa a concretos bienes jurídicos» (*Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 342).

(90) «Es gibt kein strafrechtlichen Unrecht ohne Tatbestand» (*Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, ya cit., págs. 179-180).

(91) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., pág. 197.

la infracción culposa en nuestra patria (artículos 565, 586 3.º y 600) (92), así como también los específicos tipos culposos que, excepcionalmente, aparecen en nuestro Código penal (v. gr., artículos 355, 360, 395, 412, 592,...). En contraste con las más de las legislaciones penales contemporáneas, basadas en el principio de la excepcionalidad del castigo de las infracciones culposas (93), el delito culposo aparece en nuestros textos sancionado con carácter genérico.

La situación parecía iba a cambiar radicalmente a la luz de lo apuntado en la «Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código penal», publicado por el Ministerio de Justicia, en diciembre de 1972 (94). Partiendo de un concepto unitario de la infracción criminal como «acción u omisión maliciosa o culposa penada por la ley», se declaraba expresamente como

(92) Creo que podemos calificar también de cláusulas generales a las establecidas en los arts. 586, 3.º, y 600, pues, a pesar de su limitación o sistema de «*numerus clausus*» en torno a las infracciones contra las personas y daños en las cosas (resaltado por QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., págs. 222 y 289; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal*, en ADP 1963, III, págs. 625-677, y concretamente págs. 628-629), constituyen fórmula genérica cuando menos por contraposición a los tipos específicos culposos (reconocido por RODRÍGUEZ MOURULLO, *ibidem*, pág. 629, y abiertamente ya en su *Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 340; y de «estructura relativamente genérica» habla QUINTANO RIPOLLÉS, *ibidem*, pág. 385). En el mismo sentido, ANTÓN ONECA (*Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 226) califica de «norma general» al número 3.º del artículo 586, y JASO ROLDÁN (*Derecho penal*, Parte Especial, de Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, págs. 465-466) que lo considera como «fórmula general sobre la imprudencia», al mismo tiempo que señala al artículo 600 como «disposición general».

(93) VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, vol. 2.º, Madrid, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848, págs. 525 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 224, y *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 29 de enero de 1946, Madrid, Reus, 1948, pág. 34; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Mezger*, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 206 y 208; DEL ROSAL, *Derecho Penal Español*, pág. 427; CÓRDOBA RODA, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en la ZStW, tomo 81 (1969), págs. 425-440, y concretamente pág. 426; y CEREZO MIR, *Informe sobre el anteproyecto de bases del libro I del Código Penal*, publicado en el ADP, 1972, III, págs. 763-792, y concretamente pág. 766. En postura aislada, QUINTANO RIPOLLÉS, alaba abiertamente esta incriminación genérica de nuestra legislación, pues permite —dice— «una envidiable flexibilidad de individualización» (*Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, en ADP, 1954, I, ya cit., pág. 62; *Culpa Penal*, en NEJ Seix VI, ya cit., pág. 125; y *Derecho penal de la culpa*, ya cit., págs. 220 y ss.); y CUELLO CALÓN-CAMARGO, que califican este sistema del *numerus apertus* de «criterio altamente práctico» (*Derecho Penal*, Parte General, vol. I, 17 edic., Barcelona, Bosch, 1975, pág. 457).

(94) Cuadernos Informativos, núm. 11, diciembre 1972, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gabinete de Estudios (reproducido en el ADP 1972, III, págs. 721-756).

criterio para la punibilidad de los delitos culposos el de los «crimina culposa» y cuya configuración específica habría de hacerse a lo largo del texto legal (95). Con razón, Cerezo Mir (96) había destacado el acierto de la medida y sugería, para cuando llegara la hora de creación de los tipos concretos, una limitación a las conductas culposas más graves. No obstante, nada se ha vuelto a saber sobre el particular.

La reforma de nuestro sistema punitivo parece ahora inminente y es de esperar que éste sea uno de los puntos a tratar. Efectivamente, en la referencia del Consejo de Ministros de 16 de junio próximo pasado se recoge la información recibida por éste de parte del Ministro de Justicia, sobre las líneas generales de la reforma del Código penal; y en ellas se alude a una revisión profunda de los delitos de imprudencia (97). Desconocemos el alcance y la profundidad aludida, pero esperamos se vaya a una concreción y restricción de las conductas imprudentes dignas de sanción.

En definitiva, la norma en nuestra legislación es la fórmula genérica para incriminar las conductas imprudentes (crimina culposa). La debatida cuestión en torno a si estamos ante uno o, mejor, cuatro «crimen culpae», o, por el contrario, ante «crimina culposa», creo hemos de darla por zanjada con los concluyentes (98) argumentos de Rodríguez Muñoz (99).

Y de la redacción de los preceptos que encarnan esta configuración genérica —«ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito» (art. 565, 1.º); «cometiere un delito» (art. 565, 2.º); «causaren un mal a las personas» (art. 586, 3.º); y «causen daño en las cosas» (art. 600)—, se convierte en exigencia la producción de un resultado típico.

No ha sido y no es raro en nuestra doctrina una identificación de este resultado con la producción de un daño concreto. Así, Silvela señala que en la imprudencia «ha de haber forzosamente un daño, un mal, un perjuicio. Si el hecho causa daño, habrá imprudencia en sentido legal; si no le produce, no puede haberla» (100). Según él, esto se desprende claramente de la redacción

(95) *Ibidem*, págs. 22, 5 y 12 (en ADP, págs. 729, 743 y 746).

(96) *Informe sobre el anteproyecto...*, ya cit., pág. 766.

(97) Vid. «Heraldo de Aragón» de 17 de junio de 1978. En el mismo sentido, el de 18 de junio reproduce, a través de la agencia Europa Press, un esquema de la reforma del Código penal, que, se dice, ha sido entregado a los diferentes departamentos ministeriales. Y entre las reformas propuestas al libro II de nuestro Código, la núm. 12 reza así: «Revisión de la regulación de los delitos imprudentes».

(98) De concluyente califica también la argumentación RODRÍGUEZ DEVESEA (*Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la Ley de 24 de diciembre de 1962*, ya cit., pág. 523).

(99) Notas a la traducción del *Tratado...* de MEZGER, ya cit., págs. 206 y ss.

(100) *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, segunda parte, Madrid, Imprenta de M. G. Hernández, 1879, páginas 150-151.

del, entonces, artículo 605, 3.º (hoy 586, 3.º), «cuando dice que incurrirán en la pena que en él se marca los que, por simple imprudencia o por negligencia, **causaren un mal** que si mediare malicia constituiría delito o falta. Luego es claro —continúa— que si no causaren mal, aunque fueren negligentes o descuidados, no se darían las condiciones de la Ley, ni habría derecho a imponer pena alguna» (101). Y a pesar de reconocer que no es tan explícito el artículo 581 (hoy 565) —«ejecutare **un hecho** que, si mediare malicia, constituiría delito»—, ello no le aparta de la exigencia del daño (102).

En esta misma línea, conocida es la ya clásica orientación jurisprudencial de exigir, para la aparición de la infracción imprudente, «una modificación en el mundo exterior», «efecto dañoso», «mal efectivo y concreto», «la lesión material de un bien jurídico», etc. (Ss. 2 abril 1934, 3 octubre 1946, 23 junio 1958, 11 noviembre 1964, 27 diciembre 1974, 20 marzo 1975, 15 marzo 1976, 23 diciembre 1976, etc.) (103), que viene a constituir así un elemento esencial e imprescindible de la infracción culposa. Ciertamente desde las sentencias de 11 y 16 de junio de 1964, el deber objetivo de cuidado ha logrado asentarse en las más recientes resoluciones del Tribunal Supremo (Ss. 10 octubre 1977, 20 diciembre 1977, 21 enero 1978, 13 febrero 1978, etc., por no citar sino las más últimas) (104), y que ello constituye, como ha escrito Torío López «un mérito en el enjuiciamiento» (105) de las infracciones culposas; pero no por ello ha dejado de exigirse por nuestra jurisprudencia la producción del «evento dañoso», habiéndose llegado incluso a calificar al peligro como «antesala de la culpa» (Ss. 3 febrero 1978 y 23 enero 1979).

Como antes expusimos, esta identificación «resultado-daño concreto», no puede aceptarse en la actualidad. Semejante criterio, ha escrito Beristain, se basa «en una interpretación del Código penal que merece reconsiderarse» (106).

Indudablemente, de la redacción de nuestro Derecho positivo no puede extraerse semejante asimilación, por lo menos con carácter general. El artículo 565, 1.º, habla de ejecutar «un hecho que, si

(101) *Ibidem*, págs. 150-151.

(102) *Ibidem*, pág. 151.

(103) Vid. estudio sobre la jurisprudencia española más antigua, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, págs. 844-845; y LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, tomo II, Barcelona, Edic. Hispano-Europea, 1960, págs. 179 y ss.

(104) Además de las sentencias mencionadas, a las que me he limitado por su proximidad, vid. las recogidas por CEREZO MIR (*La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista...*, ya cit., pág. 240, nota 108, e *Informe sobre el anteproyecto...*, ya cit., pág. 776, nota 52); GIMBERNAT ORDEIG (*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 88-89, y notas 368, 369 y 370); NÚÑEZ BARBERÓ (*El delito culposos*, ya cit., pág. 75, nota 302 y págs. 102-104, notas 435, 436, 437 y 438); y TORÍO LÓPEZ (*El deber objetivo de cuidado...*, ya cit., pág. 58, nota 60).

(105) *El deber objetivo de cuidado...*, ya cit., pág. 58.

(106) *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 462.

mediare malicia, constituiría delito», y con esta expresión de **hecho** «se impone de modo categórico una realidad de resultado, pero no forzosamente —como escribiera Quintano Ripollés— un daño o lesión de carácter material» (107). Y con más razón podremos mantener esta postura, a la luz del párrafo 2.º del mismo artículo 565: cometer «un delito».

La cuestión en torno al artículo 586, 3.º, puede ser más discutible, pues en él se habla de causar «un mal a las personas». Rodríguez Devesa (108) y Beristain (109) entienden que la citada expresión es sinónima de daño y que, por tanto, ha de exigirse para su aplicación la producción de un resultado material. Pero si hemos comenzado diciendo que la cuestión puede ser discutible, es porque ¿hasta qué punto puede decirse que la producción de un peligro concreto para la vida o la integridad corporal no constituye un mal? Creo no sería forzar excesivamente la interpretación del término «mal», haciéndolo comprensivo del peligro concreto para la vida de las personas o su integridad.

Finalmente, el artículo 600, al exigir expresamente la causación de «daños en las cosas», no cabe duda «hace referencia a una mutación física, externa, tangible» (110).

En conclusión, a la luz de nuestro derecho vigente, es de estimar que la descripción típica de los delitos culposos exige la producción de un «hecho, delito, mal o daño», que, a excepción de las faltas culposas del artículo 600, no tiene por qué limitarse a un resultado material. El «resultado típico» en los delitos culposos tendrá, en la mayoría de los casos, el citado carácter material, pero puede consistir también —cierto que excepcionalmente— en un peligro concreto para un bien jurídico (delitos de peligro concreto cometidos en forma imprudente) e, incluso, no darse ni uno ni otro (delitos de mera actividad realizados culposamente) (111).

(107) *Derecho penal de la culpa*, ya cit., pág. 196. En similar sentido, BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 463; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, Tecnos, 1966, página 267.

(108) Suplemento a la 2.ª edición de su *Derecho penal español* (Parte Especial), Valladolid, Ediciones Castilla (Madrid), 1968, pág. 42. No aparece ya la referencia en la última edición de su *Derecho penal español* (Parte Especial), ya cit., pág. 943.

(109) *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 464.

(110) BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 464.

(111) En este sentido de admitir la comisión culposa de los delitos de mera actividad, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., páginas 196-197; RODRÍGUEZ RAMOS, *El «resultado» en la teoría jurídica del delito*, ya cit., pág. 57, nota 56, y págs. 59-60. Y en los de mera «inactividad», NAVARRETE URIETA, *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del art. 489 bis del Código penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1959, vol. III, núm. 6.º, pág. 428; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte General), ya cit., págs. 407-408, y *Derecho penal español* (Parte Especial), ya cit., pág. 107; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, ya cit., págs. 265 y ss.; y SAINZ CANTERO, en *El delito de omisión del deber de socorro*, en RGLJ, octubre 1960, pág. 452.

Si como ya vimos, por resultado hemos de entender no sólo la lesión de un bien jurídico, sino también el peligro del mismo en los delitos de peligro concreto, su exigencia viene a cubrir la casi totalidad de las infracciones imprudentes del derecho punitivo español. Tan sólo las limitadísimas figuras culposas de mera actividad, no han de precisar —lo llevan en su propio nombre— la presencia de un resultado (112).

Por tanto, podemos afirmar de forma genérica que el resultado aparece así como una necesidad de la infracción culposa; determinemos ahora cuál sea su función en la misma.

Partiremos para ello del sistema de lo injusto de los delitos culposos brotado del finalismo, pues, si bien fue éste su gran escollo inicial, la continuada reelaboración welzeliana creo ha conseguido unas metas sumamente satisfactorias en la comprensión de dichas infracciones (113) y, por otro lado, no veo inconveniente alguno desde el punto de vista de nuestro derecho positivo para su aplicación (114). El tipo de lo injusto de los delitos culposos lo considero, pues, constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, con más el resultado y la exigencia de que éste sea precisamente consecuencia de aquélla.

Suscribo plenamente las críticas de Cerezo Mir y Suárez Montes (115), en torno a la inconsecuente función asignada por Welzel (116) al resultado en lo injusto de los delitos culposos. ¿Cómo se puede exigir en el tipo de lo injusto una «relación específica» entre desvalor de la acción y desvalor del resultado —concreción de aquél en éste— si ya con la inobservancia del cuidado objetivamente debido ha quedado constituido plenamente lo injusto? Lo consecuente desde este punto de partida, es el rechazo del resul-

(112) Con ello no pretendemos negar la posibilidad de lesión del bien jurídico en los delitos de mera actividad, pues ésta es perfectamente concebible sin necesidad de una plasmación material.

(113) CEREZO MIR, *La acción y la omisión como primer elemento del delito*, separata del libro homenaje a Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Monda y Crédito, 1977, págs. 128-129.

(114) En el mismo sentido, la contraposición desvalor de acción-desvalor del resultado propia del sistema finalista, es seguida en nuestra doctrina, siquiera con rechazo por alguno de los basamentos finalistas, por BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, ya cit., págs. 22, 24 y ss., 27 y ss. y 32 y ss.; CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, separata del ADP 1961, I, págs. 64-65, y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre...*, ya cit., pág. 1060 (en castellano, *La polémica...*, ya cit., pág. 240); CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la anti-juridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 76-77 y 80, y *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90 y ss., y *Die Regelung der Fahrlässigkeit...*, ya cit., págs. 432 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en Derecho penal*, en ADP, 1962, III, páginas 543-579, concretamente 567-568, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 87-88, y *El sistema del Derecho penal...*, ya cit., págs. 279-280, nota 41; y NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposos*, ya cit., pág. 104.

(115) Vid. supra, págs. 633-635 y nota 71.

(116) Vid. supra, págs. 619 y 630-632.

tado como elemento del tipo de lo injusto y su conversión en mera condición objetiva de punibilidad; derivación a la que han llegado, como hemos visto, abundantes autores finalistas.

No obstante, no me parece correcto el punto de partida y, por tanto, su corolario. En este sentido, creo es preciso aclarar tanto el concepto del tipo de lo injusto de los delitos culposos como el de las condiciones objetivas de punibilidad de los que se parte.

Sobre la base de que la norma en los delitos culposos no puede prohibir la causación de resultados, sino sólo la realización de conductas que impliquen un peligro de lesión del bien jurídico, obligada es la exclusión del resultado del área de los imperativos (prohibiciones o mandatos). Pero, como ha señalado Cerezo-Mir (117), de ello no tiene por qué deducirse la identificación entre descripción de la materia de prohibición o mandato con tipo de lo injusto (118). Sólo una concepción de éste basada en la esencia material de la prohibición y en los elementos teleológicos y valorativos que le sirven de base —son palabras de Wilhelm Gallas (119)—, podrá aprehender el especial contenido de lo injusto-penal, al que no podrá llegar un concepto formal sobre la pura prohibición.

Por todo ello, entiendo por tipo de lo injusto, desde un punto de vista formal y material, el complejo de todos los elementos y circunstancias que fundamentan lo injusto característico de la correspondiente especie de infracción criminal (120); en nuestro caso, de la infracción culposa.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, si siguiéramos el criterio de Günter Bemmman de negar su existencia —«Objektive Bedingungen der Strafbarkeit gibt es nicht» (121)— habríamos solucionado en gran parte nuestro problema. De tal suerte, la postura extrema de dotar de semejante carácter al resultado en el delito culposos, habría de ser desechada.

No obstante, y pese a la cómoda situación que esto supondría.

(117) Vid. CEREZO MIR, *La polémica...*, ya cit., pág. 242.

(118) Vid. por todos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 49 y ss. y 54-55, y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 43 y ss. y 51 y ss.

(119) *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, publicado en la ZStW, tomo 67 (1955), págs. 1-47 y concretamente pág. 23 (y en traducción castellana de CÓRDOBA RODA, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, pág. 33).

(120) Concepción del tipo de lo injusto en la que se orientan también CEREZO MIR, *La polémica...*, ya cit., pág. 242; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad...*, ya cit., págs. 49-50; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand...*, ya cit., págs. 16 y ss. y 25 y ss. (en la trad. de CÓRDOBA RODA, ya cit., páginas 26 y ss. y 36 y ss.); JESCHECK, *Lehrbuch...*, ya cit., págs. 195 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., págs. 238 y ss. y 253; y HEINRICH SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, Müller, 1957, págs. 145 y ss.

(121) *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 20, Göttingen, Otto Schwartz, 1957, pág. 56.

para una toma de posición, no podemos cerrar los ojos a la evidencia. Su existencia de lege data en nuestro ordenamiento jurídico la estimo indiscutible (p. ej., artículos 137, 2.º y 408 del Código penal), e incluso no considero desacertada —siempre que no se olvide el principio de culpabilidad y para supuestos limitadísimos— su admisibilidad de lege ferenda, como han propugnado Schmidhäuser (122) y Stratenwerth (123).

La vidriosa cuestión sobre la formulación de su concepto (124), creo puede ser resuelta entendiendo por condiciones objetivas de punibilidad aquellas circunstancias —en relación inmediata con el hecho— de las cuales depende la presencia o gravedad de una sanción penal, pero que no desempeñan función alguna en la determinación del tipo de lo injusto ni de la culpabilidad (125). Es decir, la aplicación o gradación de la pena a una conducta típica, antijurídica y culpable viene condicionada —excepcionalmente, eso sí— a la concurrencia de ciertas circunstancias ajenas o exteriores a la fijación del tipo de lo injusto y de la culpabilidad.

Pues bien, de uno y otro concepto podemos deducir, a la luz de nuestro derecho vigente, la pertenencia del resultado al tipo de lo injusto de los crimina culposa (126). La inobservancia del cuidado objetivamente debido no puede constituir por sí sola lo injusto del delito culposo, que necesita del complemento del resultado en la casi totalidad de las infracciones imprudentes.

El resultado constituye el contenido material de las citadas infracciones y, por ello, no puede negársele su carácter de elemento o circunstancia de basamento de lo injusto. En la mayor parte de los casos —ha escrito Rodríguez Mourullo— lo que determina la conversión de la lesión del cuidado «en injusto típico (penal) es precisamente la aparición de la ofensa o concretos bienes jurídicos» (127). Efectivamente, he aquí un gran argumento, aunque no el decisivo. En este sentido, y partiendo de la necesidad de una estrecha relación entre desvalor de acción y desvalor del resultado —exigencia de una concreción de aquél en éste— no cabe duda que el

(122) *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, publicado en la ZStW, tomo 71 (1959), págs. 545-564, especialmente págs. 560 y ss.

(123) *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959*, publicado en la ZStW, tomo 71 (1959), págs. 565-578, concretamente pág. 578.

(124) Vid. detallado planteamiento del problema en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo VII, págs. 15-103.

(125) Vid. entre otros, SCHMIDHÄUSER, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, ya cit., págs. 557-559; y JESCHECK, *Lehrbuch...*, ya cit., págs. 449 y 453.

(126) Que el resultado en los delitos dolosos tiene una relevancia para lo injusto en nuestro Código penal, me parece indiscutible dada la disminución obligatoria de la pena para los supuestos de ejecución imperfecta (frustración o tentativa), establecida en los arts. 51 y 52. En el mismo sentido, CEREZO MIR, notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, de WELZEL, ya cit., pág. 68, nota 18; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., págs. 23-24 y 333-334.

(127) *Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 342.

desvalor del resultado viene a aportar algo en la fundamentación de lo injusto de los delitos culposos (128).

Y si afirmamos su pertenencia al tipo de lo injusto, ya no podemos decir que sea una circunstancia ajena o exterior a la conformación del mismo y, por tanto, una condición objetiva de punibilidad.

En conclusión, lo injusto específico de las infracciones culposas viene constituido, como norma genérica y según nuestro derecho positivo vigente, por el desvalor de la acción y por el desvalor del resultado.

Otra cuestión, de gran interés de política criminal, es la influencia decisiva del azar en la producción de este resultado y que podría llevarnos a la propuesta del castigo de toda conducta imprudente y, por tanto, de su configuración como tipo de lo injusto, en base al mero desvalor de la acción (129). No obstante, semejante idea me parece altamente peligrosa para la seguridad jurídica.

Evidentemente, es necesario combatir con medidas penales modernas los múltiples peligros para la vida y la salud que la progresiva tecnificación de la sociedad actual conlleva (130). Pero esta justificada preocupación político-criminal ha de ser encauzada con gran cautela; y aun ha de dejar al ámbito administrativo no pocos de sus supuestos.

El problema del azar en la producción del resultado no es privativo de la infracción culposa; en el delito doloso ejerce también su influencia. Pero no con ello queda infringido el principio de culpabilidad —no hay pena sin culpabilidad—, pues, como se ha señalado (131), no se puede negar la relación entre autor y resultado. Una cosa es que el azar decida sobre la exigencia de responsabilidad penal y otra, muy distinta, que pueda negarse, por ello, la existencia de culpabilidad.

En fin, creemos que si se considera necesario —y es bien de considerar— el adelantamiento de la protección penal de los bienes jurídicos, los delitos de peligro concreto pueden ser un excelente cauce para ello. El solo desvalor de la acción como norma genérica, en el delito culposo, aparte de ser difícilmente constatable estimamos conduciría a una concepción desmesurada de la infracción imprudente, alejada además de la realidad penal en la protección de los bienes jurídicos.

(128) En este sentido, CEREZO MIR y SUÁREZ MONTES (vid. supra, páginas 633-635).

(129) Vid. supra, pág. 619.

(130) STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, ya cit., pág. 192; y *Alternativ-Entwurf, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, 2. Halbband, Mohr, Tübingen, 1971, pág. 49.

(131) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., págs. 247-249; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, ya cit., págs. 159-166; y STRATENWERTH, *Zur Relevanz...*, ya cit., págs. 183-184.

