

El tipo subjetivo del delito imprudente (*)

EBERHARD STRUENSEE

Catedrático de Derecho Penal (Münster i.W.)

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

La distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo (equiparada hoy de forma inadecuada a la distinción entre atribución objetiva y atribución subjetiva) supone una diferencia en el ámbito de estos conceptos. En el tipo subjetivo se incluyen aquellas «circunstancias determinantes del injusto... que pertenecen al ámbito subjetivo y mundo de representaciones del autor» (1). El tipo objetivo lo forman, por contra, los elementos que, respecto al mundo interior del autor, describen el mundo exterior. Con la distinción de los elementos del tipo que tienen por contenido los procesos conscientes de la psique del autor y aquellos que se refieren a hechos independientes del conocimiento del autor no debe confundirse la objetividad entendida en el sentido de validez general (2). Evidentemente los conceptos referidos a la psique del autor (elementos subjetivos del tipo) tienen la misma pretensión de validez general (objetividad) que los elementos objetivos del tipo, sin que por ello constituyan parte del tipo objetivo.

El doble significado de la objetividad, sin embargo, induce a confusión precisamente en el ámbito de la imprudencia por lo que se refiere a la lesión «objetiva» del cuidado debido (y todavía más respecto a la atribución «objetiva»). Que las normas de cuidado establezcan medidas objetivas, es decir, vinculantes con carácter general, no indica nada sobre la estructura de lo medido, la acción descuidada (3).

(*) El original alemán «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts» aparecerá en *Juristenzeitung* 1987. Traducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS (con la colaboración de JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO).

(1) RUDOLPHI en *SK (StGB)*, vol. 1.º, 4.ª ed., 1986, antes del parágrafo 1, número marginal 36; cfr., además: JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, 1983, 7-1, p. 2; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, parte general, 3.ª ed., 1978, p. 219; STRATENWERTH, *Strafrecht*, parte general (parte primera), 3.ª ed., 1981, número marginal 199; WESSELS, *Strafrecht*, parte general, 16.ª ed., 1986, p. 38.

(2) JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 220.

(3) Confróntese ARMIN KAUFMAN, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 409.

Objeto de la siguiente investigación es la cuestión sobre si y en qué medida dicha estructura está atravesada y determinada por elementos subjetivos relevantes. Formulada de forma dogmática: se trata de comprobar si también el delito imprudente posee un tipo subjetivo en sentido estricto (4) que exija un conocimiento por parte del autor con representación de circunstancias de hecho objetivas (al mismo tiempo que una cierta congruencia entre las circunstancias de hecho representadas y realizadas a los efectos del delito consumado).

Como se mostrará en lo sucesivo, esta cuestión no afecta sólo a una fisura todavía abierta dentro de la doctrina final de la acción. De manera diferente también las restantes doctrinas o interpretaciones de la imprudencia como comportamiento injusto —comenzando con los aspectos que hace valer la teoría de la adecuación (5)— tienen dificultades dogmáticas con elementos subjetivos que, en parte, no han sido percibidas aún.

Ni siquiera terminológicamente parece resuelta la problemática del llamado conocimiento especial (*Sonderwissen*), cuya consideración en el juicio sobre la adecuación, la previsibilidad objetiva, finalidad (*Bezweckbarkeit*), evitabilidad o el riesgo permitido se hace valer como necesaria. Con el conocimiento especial se supone, sin percatarse de la contradicción sistemática que ello supone (6), que la lesión objetiva del cuidado se basa en representaciones del autor, de contenido determinado; y, sin embargo, se le reprocha al mismo tiempo a la doctrina final de la acción la irrelevancia del contenido de voluntad a la hora de concebir el injusto de la imprudencia. Este «*venire contra factum proprium*» no merecería quizá atención si el saber especial, como el término sugiere, constituyera sólo un problema mar-

(4) En general sólo se constata un hecho negativo: BAUMANN y WEBER, *Strafrecht*, parte general, 9.º ed., 1985, p. 431; BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, 3.ª ed., 1979, p. 165; HAFT, *Strafrecht*, parte general, 2.ª ed., 1984, pp. 146 y s. Con la exigencia de la cognoscibilidad indiciaria del resultado se introduce un tipo subjetivo de forma especial: JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, 1983, pp. 256 y ss.; MAURACH, GÖSSEL y ZIFF, *Strafrecht*, parte general, Teilb 2, 6.ª ed., 1984, pp. 106 y ss.; SAMSOM, *SK*, apéndice al párrafo 16, número marginal 13 y ss.; *Stratenwerth*, I, parte general, número marginal 1097 y ss.

(5) Confróntese M. L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 22 y ss.; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 52 y ss.; del mismo «Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben», en *DJT-Festschrift*, 1960, pp. 416 y ss.

(6) Como a veces se pone de relieve *English, Kausalität*, p. 56, habla de un dualismo chocante, pero inevitable. LORENZ, *Der Masstab des einsichtigen Menschen*, 1967, p. 11, opina que el dualismo es sólo aparente. ROXIN, *Honig-Festschrift*, 1970, p. 147, se dirige contra un sistema que «escinda la materia», y busca la unidad, no «en la materia», «sino en la unidad teleológica de principios de atribución que, con su desarrollo sobre la materia jurídica, pueden proporcionar contenidos sustanciales muy diversos». WOLTER, *GA* 77, 169, n. 116 observa que «esta individualización del juicio de adecuación objetiva no es sistemáticamente consecuente», pero se salva en otro lugar (*Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 22 y s.) con una «metodología» que relacione «el pensamiento problemático y sistemático»: «El “sistema abierto” que surge puede soportar también contradicciones u oposiciones.» La «subjetivación» de la teoría de la adecuación la censuran, justamente, desde un punto de vista metodológico, BAUMANN y WEBER, parte general, p. 229.

ginal u ocasional. Pero el factor que resulta valorado como causa no permitida de procesos y resultados adecuados previsibles o perseguidos, de forma objetiva, es una acción del autor que, en el instante decisivo de la valoración ante *actum*, anterior a su ejecución (completa), sólo aparece como un proyecto localizado en la psique del autor. La penetración general de esta forma de ser del objeto de la valoración *ex ante* es un caso significativo de «finalismo inconsciente»; su reconocimiento no puede dejar de afectar, sin dejar rastro, a la doctrina de la atribución objetiva como atribución de lo objetivo.

Estas indicaciones pueden bastar para justificar la investigación que sigue. El próximo apartado (B) se ocupa de las dificultades que la doctrina final de la acción ha tenido y tiene con la imprudencia. Antes de valorar críticamente sus intentos de solución (B, II) habrá que precisar (B, I) la pretensión que aquéllos deben colmar e impregna el concepto y término de «disvalor-acción». En un apartado posterior (C) habrá que entrar en las consecuencias dogmáticas (C, I) y aplicabilidad práctica (C, II) de un concepto final estricto.

B) LA IMPRUDENCIA COMO PIEDRA DE TOQUE DE LA DOCTRINA DEL INJUSTO PERSONAL. PRETENSION Y REALIDAD

La referencia al delito imprudente, caracterizado precisamente mediante la negación de una finalidad dirigida al resultado típico (parágrafo 16, apartado 1, párrafo 2 StGB), proporciona todavía hoy la objeción generalizada frente a la doctrina de la acción final como una doctrina monista del injusto (7). En este apartado deberá mostrarse que la pretensión de la doctrina de la acción final, metodológicamente formulada de forma tan radical, no ha sido colmada por las soluciones presentadas hasta ahora, o no lo ha sido plenamente.

(7) BAUMANN y WEBER, parte general, pp. 207 y ss.; BLEI, *Strafrecht*, I, 18.ª ed., 1983, p. 74; BLOY, *ZStW*, 90, 1978, pp. 640 y ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, 3.ª ed., 1979, pp. 47 y s.; CERESO, *ZStW*, 71, 1959, pp. 136 y ss.; EBERT, *Strafrecht*, parte general, 1985, p. 20; HAFT, *Strafrecht*, parte general, 2.ª ed., 1984, pp. 26 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 176; del mismo en *LK*, 10.ª ed., 1985, antes del parágrafo 13, número marginal 27; del mismo, *ZStW*, 93, 1981, pp. 16 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *JuS*, 67, 147; KINDHAUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 187 y ss.; LACKNER, *StGB*, 16.ª ed., 1985, antes de parágrafo 13, anotación III, 1 a; LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, pp. 78 y ss.; MAURACH y ZIPF, *Strafrecht*, parte general, 1, 6.ª ed., 1983, parágrafo 16, número marginal 45; MEZGER, *Rittler-Festschrift*, 1957, pp. 123 y s.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 161; NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, pp. 335 y ss., 338 y ss.; del mismo en *Wiener Komm.*, entrega 13, 1982, antes del parágrafo 2, número marginal 11; OTTO, *Grundkurs, Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre*, 2.ª ed., 1982, p. 49; ROXIN, *ZStW*, 74, 1962, pp. 529 y s.; SCHONKE, SCHRÖDER y LENCKNER, *StGB*, 22.ª ed., 1985, antes del parágrafo 13, número marginal 33; E. A. WOLF, *Der Handlungsbegriff*, 1964, pp. 13 y s. Por lo que se refiere al problema correspondiente del concepto de omisión de una acción final, cfr. SCHÖNE, *JZ*, pp. 77 y 150; STRUENSEE, *JZ*, 1977, p. 217.

I. LA PRETENSION DE LA DOCTRINA DE LA ACCION FINAL

El análisis estructural de la acción respecto a las tareas y efectos de las normas de comportamiento constituye el fundamento de una doctrina del injusto personal: «La estructura final del comportamiento humano es, sin más, constitutiva para las normas jurídico-penales. Las normas jurídicas son prohibiciones o mandatos del Derecho no aplicables a procesos causables ciegos, sino sólo a acciones que puedan configurar el futuro activamente. Las normas sólo pueden exigir o prohibir el comportamiento futuro» (8). O: «Quien quiera establecer normas del actuar humano presupone la estructura óptica del actuar humano» (9). Sería absurdo prohibirle al Rin desbordarse, o al camión que no atropelle a los peatones (10).

Si el elemento estructural esencial reside en la finalidad de la acción (movimiento corporal), se deduce necesariamente que las normas, como los juicios de valor sobre infracciones de las normas, sólo pueden tener como objeto actos finales. «La acción es, al mismo tiempo, la materia con que se forman los tipos de injusto» (11). De ahí resulta, respecto al contenido de la norma, que las acciones prohibidas o exigidas deben describirse conforme a su finalidad; portador del juicio de disvalor que recae sobre la acción contraria a norma sólo puede serlo el acto con, y a causa de, su finalidad de contenido determinado (12).

La novedad de esta tesis no residía tanto en poner de relieve la estructura final del comportamiento humano. Con ella, como decía Welzel (13), no se aportó tanto un descubrimiento como, «en el mejor de los casos, un redescubrimiento». Nuevas fueron las consecuencias que Welzel extrajo de la finalidad del comportamiento humano para la comprensión del injusto. Se ha dicho, por ello, con razón, que la doctrina de la acción final es, en realidad, una «doctrina final del injusto» (14). El valor, aunque también su problemática, de esta doctrina del injusto reside en la pretensión de formular presupuestos de validez general sobre el contenido de las normas de comportamiento y de su infracción que abarquen a todas las formas del delito y, con ello,

(8) WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pp. 4 y s.; del mismo, *Das Deutsches Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 37.

(9) WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, 1953, p. 4. Cfr. también JAKOBS, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 307: «A la norma se incorporan las reglas del ámbito en que ha de tener eficacia».

(10) ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 106.

(11) ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 33.

(12) GALLAS, *ZStW*, 67, 1955, p. 38; del mismo, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, p. 158; ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 106 y s.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 126 y ss.

(13) *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 7, nota 9.

(14) BAUMANN y WEBER, *Strafrecht*, parte general, p. 206; HIRSCH, *ZStW*, 93, 1981, pp. 844 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 395; MEZGER, *LK*, volumen 1.º, 8.ª ed., 1957, p. 7; ROXIN, *ZStW*, 74, 1962, pp. 548 y s.; SUÁREZ MONTES, *Welzel-Festschrift*, p. 380; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 81 y *passim*.

tras la prevalencia asistemática de un injusto puramente orientado al resultado, establecer de nuevo una teoría del injusto unitaria y sistemáticamente cerrada.

Con acento algo distinto, o sea, bajo la consideración de las valoraciones que subyacen a las normas de comportamiento y que están lógicamente presupuestas (15), también puede explicarse la conexión acabada de aludir con ayuda del par de conceptos «disvalor de acción» y «disvalor de resultado». El disvalor de acción es hoy —con independencia de que se acepte la doctrina final de la acción— reconocido ampliamente como parte esencial del injusto; encontrando ahí expresión la necesidad de una concepción unitaria del concepto de injusto. El concepto de disvalor-acción se deshace, por lo demás, precisamente cuando se intenta utilizarlo para la interpretación del injusto imprudente. Esto se expondrá detalladamente más adelante. Para caracterizar la posición de partida me remito a las palabras de Rudolphi (16), que en cuanto a claridad respecto a lo principal no deja nada que desear.

El disvalor de acción no puede concebirse sin referencia a un disvalor de hecho (*Sachverhaltsunwert*). «El valor del acto y el valor de hecho son entidades valorativas ciertamente independientes, a separar estrictamente entre sí; y, sin embargo, existe entre ellas una relación de dependencia en cuanto que un valor del acto sólo puede existir en la medida en que la persona persigue con su acción la realización de un valor de hecho» (17). «Esto significa para el disvalor de acción que sólo puede existir si la persona persigue con su comportamiento un disvalor de hecho» (18). Pues «un disvalor de acción sin la más mínima intención de un disvalor de hecho es impensable» (19). Y, finalmente, debe añadirse la consideración metódica según la cual esta relación entre el disvalor-resultado y el disvalor-acción es «previa al Derecho Penal» (20). Lo que significa que sólo hay un concepto unitario del disvalor de acción.

El disvalor de acción así caracterizado se encuentra en una relación con el disvalor-resultado o disvalor de hecho derivada lógicamente. Esta conexión se fundamenta en la finalidad de la acción y se expresa adecuadamente bajo el término «disvalor de intención» (21).

Con estas consideraciones se presenta brevemente el planteamiento metódico y el programa de la doctrina final de la acción desarrollada sobre todo por Welzel.

(15) Confróntese HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 65 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 69 y ss.; del mismo, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 1 y ss.; Stratenwerth, *SchwZStr*, 79, 1963, pp. 233 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 121 y ss.

(16) Maurach-Festschrift, 1972, pp. 51 y ss.

(17) *Obra cit.*, p. 55.

(18) *Obra cit.*, p. 55.

(19) *Obra cit.*, p. 56.

(20) *Obra cit.*, p. 58.

(21) Confróntese JAKOBS, parte general, 6-76; GALLAS, *Bockelmann-Festschrift*, pp. 57 y s. y 64 y s.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 124 y ss.

El delito doloso se puede adaptar fácilmente al modelo de norma y acción esbozado de una manera que hoy apenas resulta seriamente discutida: la finalidad jurídicamente desaprobada respecto a su objeto de referencia reside en el dolo; la ejecución de la acción (movimiento corporal) con esta finalidad realiza el disvalor-acción (22). En el delito imprudente se presentan las cosas de otra manera. Puesto que el resultado típico que proporciona la ley no resulta claramente abarcado por la voluntad de acción, comienza, como ha dicho Arthur Kaufmann (23), modificando irónicamente las palabras de Binding, «la búsqueda de la finalidad en la imprudencia».

Antes de comprobar los cambiantes esfuerzos (24) de esta empresa, dentro del concepto de la doctrina final de la acción, adviértase que ello no sólo merece interés desde un determinado planteamiento teórico.

La ley no aporta mucho a la cuestión sobre qué acciones resultan prohibidas en el ámbito de la punibilidad por imprudencia; limitándose a describir el resultado típico y la exigencia de causación imprudente. Que con estos elementos el comportamiento prohibido resulta determinado legalmente en mucha menor medida que en el delito doloso es algo ampliamente compartido (25). El interés más urgente,

(22) JAKOBS (parte general, 6-76) pone de relieve, acertadamente, que entre la intención del sujeto y el disvalor de hecho se encuentra la ejecución de la acción (el movimiento corporal), que abandona la esfera psíquica del autor; denominando a tal aspecto del disvalor de acción «disvalor-objetivación». Nunca se puso en duda que, en contraste con el disvalor-resultado, el juicio de «disvalor-acción» (disvalor-acto, disvalor-intención) tiene por objeto el acto ejecutado, incluida su intención. El momento de ejecución objetiva está siempre incluido en el disvalor-acción, como se hará también en lo que sigue.

Incluir, además, acontecimientos o estados exteriores en el disvalor-acción, a contraponer al disvalor-resultado (así GALLAS, *Bockelmann-Festschrift*, pp. 155 y ss., y JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 19 y ss.), o apelar, complementariamente, a «cualidades secundarias», como perseverancia, minuciosidad, cuidado o semejantes sólo serviría, a los efectos que ahora interesan, para suavizar la agudez de la problemática. Pues aspectos valorativos complementarios no liberan de la tarea de demostrar el, también en un concepto tan amplio de disvalor-acción, imprescindible elemento básico del disvalor-intención en el injusto de la imprudencia. HIRSCH parte de conceptos distintos de disvalor-acción que, en el delito doloso, deberá abarcar el disvalor-resultado (*ZStW*, 93, 1981, pp. 859 y s., y *ZStW*, 94, 1984, pp. 251 y ss.), pero persigue con tal formación conceptual finalidades distintas a las de la presente investigación.

(23) *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 166. Es, por lo demás, desconcertante, como en EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, seguir las dificultades e intentos de solución que provocó el dogma de la culpabilidad de voluntad en la interpretación de la imprudencia y que se reproducen en el desarrollo de la doctrina final de la acción.

(24) Confróntese sobre ello, detalladamente, a NOWAKOWSKI, *JZ*, 58, pp. 335 y ss. y 388 y ss.; LAMPE, *Das personale Unrecht*, pp. 80 y ss.; WEIDMANN, *GA*, 84, p. 408 y ss.

(25) BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, 1967, pp. 208 y ss.; zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., 1950, p. 54 («en la imprudencia remite in toto al Derecho no escrito»); HAFT, *Strafrecht*, parte general, pp. 150 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 457; ARMIN KAUFMANN, *ZfR*, 64, p. 46; del mismo, *Welzel-Festschrift*, p. 408; LENCKNER, *Engisch-Festschrift*, 1969, pp. 501 y s.; Schöne, *JZ*, 77, p. 153; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, p. 149; STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, parte general, número marginal 1101; WEIDMANN, *GA*, 84, pp. 420 y ss.; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 131; del mismo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pp. 14 y ss.; WESSELS, *Strafrecht*, parte general,

tanto práctica como teóricamente, de la dogmática de la imprudencia proporciona, por tanto, la tarea de encontrar criterios para una descripción más precisa del comportamiento prohibido, es decir, de buscar la tipificación del injusto no aportada de manera suficiente por la ley a la hora de aplicar el Derecho en el caso concreto. Está claro que para resolver adecuadamente esta tarea, y ya para formularla correctamente, resulta de importancia eminente asegurarse sobre su objeto. Hasta hoy la búsqueda de criterios de atribución restrictivos ha estado dirigida en lo fundamental por la insatisfacción frente a la teoría de la equivalencia; falta por clarificar la cuestión básica sobre qué se quiere marcar más contundentemente: procesos causales o acciones finales. Welzel, en su primera investigación (26) sobre la materia formuló ya la pregunta sobre si resultaba metódicamente acertado buscar una elección entre condiciones causalmente equivalentes, encontrando la respuesta, en aquel momento todavía no elaborada más ampliamente, de que la situación en la conexión de finalidad de la acción formaba el objeto de valoración decisivo.

II. LAS INTERPRETACIONES DEL INJUSTO DE LA IMPRUDENCIA REALIZADAS HASTA AHORA POR LA DOCTRINA DE LA ACCION FINAL

a) Welzel consideró al principio que, en el delito imprudente, la previsibilidad subjetiva del resultado pertenecía ya al tipo de injusto (27). De aquí llegó a una confusión —innecesaria, como demuestra el concepto de imprudencia de Jakobs y Stratenwerth— entre injusto y culpabilidad. La «finalidad potencial», la evitabilidad final de la lesión del bien jurídico causada, la sometió Niese, partidario él mismo de la doctrina de la acción final, a una crítica profunda que, en cualquier caso, fue decisiva para el delito de comisión imprudente: «La finalidad es una categoría del ser que o “es” o “no es”. Por eso la finalidad posible no es finalidad» (28).

b) Niese introdujo entonces —para aclarar «el problema especial de la acción imprudente en su relación con la finalidad» (29)— una distinción que dura hasta hoy. En el delito doloso el contenido del que-

16.ª ed., 1986, p. 194. De otra opinión JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 83; del mismo, suplemento de *ZStW*, 74, 1962, p. 21, n. 45: «Los tipos de imprudencia no son “más abiertos” que los tipos dolosos.» BOGNERT, *ZStW*, 94, 1982, pp. 68 y ss. y 74 y ss.; en contra SCHÖNE, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 656 y ss.; WEIDMANN, *ob. cit.*

Resulta indiscutible que la acción imprudente no puede describirse con más precisión desde la finalidad. De otra parte, es respecto a la parte subjetiva como se establece legalmente el presupuesto de que pertenece al dolo el conocimiento de las circunstancias del hecho (parágrafo 16, *StGB*). Por contra, de «cognoscibilidad» —objetiva o subjetiva—, como presupuesto de la imprudencia y de su determinación más precisa, no se habla para nada en la ley.

(26) *ZStW*, 51, 1931, pp. 706 y s. y 718 y ss.

(27) *ZStW*, 58, 1939, pp. 553 y ss. y 560 y ss.

(28) NIESE, *Finalität, Vorsats und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 43.

(29) *Obra cit.*, p. 5.

rer de la acción abarca la producción del resultado típico y las restantes circunstancias fáctica que puedan darse. De ahí que caracterice Niese el dolo como «finalidad jurídicamente relevante» (30) que forma una parte del círculo de todas las acciones finales. Las acciones dolosas resultan desaprobadas jurídicamente y sometidas a pena precisamente por su contenido de voluntad (31). Por el contrario, según Niese, los tipos de imprudencia abarcan una «causación del resultado jurídicamente desaprobado a través de una acción no desaprobada en su finalidad»; es decir, que aquéllos abarcan acciones con «finalidad juridico-penalmente irrelevante» (32). Lo que significa que las acciones cuidadosas y las acciones descuidadas no se distinguen por su (descrita o no descrita) finalidad.

Sin notarlo, abandonó Niese el planteamiento metódico de la doctrina final de la acción. Sólo con otras palabras afirma precisamente lo que los críticos de la doctrina final de la acción le objetaron desde el principio: que el delito imprudente no se puede comprender con el concepto final de acción; se trata sólo de *que* se haya querido algo, *qué* se haya querido —el contenido de voluntad— no juega papel alguno. El objetivo de Niese finaliza, por tanto, con una capitulación plena del concepto de acción final frente a la imprudencia (33). Pese a ello, ve Niese el injusto del delito imprudente, no en la simple causación del resultado, sino en el «disvalor de acción que, aquí, no reside en una finalidad juridico-penalmente relevante en sí misma, en el dolo, sino en la infracción del deber objetivo de cuidado» (34).

c) Con esta consideración se generalizó un uso erróneo del concepto «disvalor de acción» en relación con la lesión objetiva del cuidado debido que ha durado hasta hoy (35). Como lesión del cuidado se designan presupuestos que deben añadirse al disvalor-resultado para constituir el injusto de la imprudencia. Con ello parece claro que tales circunstancias adicionales son las que determinan el disvalor de acción del delito imprudente. Así vio también Welzel la contrariedad a cuidado como la prueba de que incluso en el delito imprudente se da el disvalor de acción imprescindibles para fundamentar el injusto (36). En esa medida la cuestión de si la lesión objetiva del deber de cuidado que ha de añadirse a la «simple cuasalidad» entre la acción y el resultado se refiere precisamente al disvalor de acción depende decisivamente de la clase de circunstancias en las que se apre-

(30) *Obra cit.*, pp. 9 y 43 y ss.

(31) *Obra cit.*, p. 56; también, *JZ*, 56, p. 460.

(32) *Obra cit.*, p. 58; también, *JZ*, 56, p. 460.

(33) Confróntese JAKOBS, parte general, 9-8, n. 12: «Pues un dolo no referido al tipo no es otra cosa sino un acto arbitrario en el sentido de la doctrina causal de la acción...»; NOWAKOWSKI, *JZ*, 58, p. 337.

(34) NIESE, *Finalität*, p. 63.

(35) En la lesión del cuidado objetivo se ve, por lo general, el disvalor-acción del delito imprudente; cfr. SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *StGB*, parágrafo 15, número marginal 122, con amplias remisiones.

(36) WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 135; del mismo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pp. 1 y ss., y *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pp. 9 y 30.

cie la contrariedad a cuidado. Si, por ejemplo, la infracción del cuidado de un automovilista que ha causado una colisión reside en que ha conducido con las cubiertas gastadas, con los frenos defectuosos o a una velocidad excesiva, tales circunstancias no forman parte por lo general de la representación actual del sujeto actuante. En la medida en que, sin embargo, la caracterización del comportamiento prohibido sólo tiene por objeto el mundo exterior del sujeto actuante, no aporta nada más que una especificación del resultado y de la causalidad que complementa la descripción legal. Agudamente subraya Nowakowski de tal lesión objetiva del cuidado (37): «...no se refiere al disvalor-acción ni al tipo subjetivo, sino al disvalor-resultado». Quien, no obstante, quiere considerar como disvalor de acción las circunstancias no descritas legalmente que han de completar la parte objetiva del injusto imprudente, deberá aclarar que está argumentando con un concepto de disvalor-acción que no tiene nada en común con el disvalor-intención exigido desde el planteamiento teórico de la doctrina final de la acción.

d) Debido a la crítica de Niese prescindió Welzel del recurso a la finalidad potencial buscando, en lo sucesivo, el disvalor-acción en el contenido volitivo real. Tomando, ciertamente, la fórmula de la finalidad jurídicamente indiferente; con lo que favoreció, así —realmente de manera no final—, «malentendidos inevitables». Welzel, sin embargo, nunca consideró irrelevante el contenido de voluntad en su totalidad, sino que atribuyó una función fundadora del injusto a *parte* del contenido de voluntad. Con modificaciones siempre renovadas, aunque también equívocas, fue preparada conceptualmente dicha parte y contrapuesta a la parte irrelevante. «Con la acción imprudente no se atiende de hecho a la meta, sino sólo a la forma y manera de dirigir y realizar la acción; éste es el momento de injusto decisivo en el delito imprudente...» (38). En lugar de la dirección y ejecución de la acción se habla, también en el mismo sentido, de «elección de los medios» y «empleo de los medios» (39).

La separación de la finalidad referida a la meta de la finalidad referida a la ejecución de la acción y a los medios, sin embargo, no es adecuada para delimitar la finalidad relevante para el injusto. Pues la distinción entre meta y medio sólo es posible respecto a una descripción de la meta de la acción inculpada establecida legalmente o de cualquier otra forma, lo que falta en la imprudencia. Por lo demás la distinción es relativa. Al atravesar una curva sin visibilidad por la izquierda se puede ver la meta en llegar puntualmente a una cita (que, a su vez, sirve como medio para ulteriores metas) y el medio en conducir. O la meta reside en un adelantamiento más rápido y el medio en el recorte de la curva. De la misma manera, sin embargo, puede considerarse el recorte de la curva como meta, y la dirección del auto hacia la parte izquierda de la calzada como el medio. O se puede ver la

(37) JZ, 58, p. 390.

(38) WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 131.

(39) WELZEL, *JuS*, 66, p. 424.

modificación de la posición de las ruedas delanteras como meta y la correspondiente modificación de la posición del volante como medio, etc. La finalidad referida a los medios no es una clase especial de estructura final, ni siquiera un simple fragmento del conjunto total de la estructura final de la acción (40); no pudiendo, por tanto, cubrir el ámbito de la finalidad relevante para la imprudencia.

e) A diferencia de Welzel busca Armin Kaufmann la relevancia del contenido de voluntad no en una parte estructuralmente limitada de la conexión final, sino que aclara de forma totalmente general que la imprudencia comisiva gira «en torno a acciones queridas en las que precisamente el contenido de voluntad es jurídicamente relevante» (41). Explicándolo con el ejemplo de un automovilista que ha desplazado su automóvil al carril contrario por medio de un potente frenazo: aunque de esa manera se haya producido el mismo accidente que se habría producido con una maniobra de adelantamiento nadie pregunta por la contrariedad a cuidado del adelantamiento, sino sólo por la de un acto final; aquí, por ejemplo, el de frenar (42). Con esta reflexión se da un paso esencial y directamente aclaratorio para superar la supuesta irrelevancia del contenido de voluntad: las reglas de cuidado sobre adelantamientos tienen validez sólo respecto a adelantamientos queridos, las reglas sobre frenazos sólo para frenazos queridos. Con ello se muestra que siempre se supone una finalidad con contenido determinado cuando se forman reglas de cuidado (43), pudiéndose designar a esta finalidad de contenido determinado también como finalidad jurídicamente relevante. No obstante, esta clase de relevancia no distingue todavía suficientemente a las acciones cuidadosas de las descuidadas. La finalidad jurídicamente relevante sólo forma, en el sentido de Kaufmann, un marco dentro del cual puede haber la contrariedad a cuidado; pero no es aún finalidad desaprobada jurídicamente, única que podría fundamentar el disvalor de acción del delito imprudente.

f) Jakobs parte de «que la determinación del contenido del acto volitivo no puede resultar directamente de la determinación de la meta sino sólo, indirectamente, a través de la propiedad de la falta de cuidado» (44). Ciertamente es «la finalidad de la ejecución de la acción y de aquellas consecuencias de la ejecución de la acción... que, al mismo tiempo, son condiciones del resultado a evitar mediante el cuidado» la portadora de la propiedad «contrariedad a cuidado» (45). Pero esta finalidad, en sí misma, no es finalidad jurídicamente desaprobada sino que sólo forma, junto con otras propiedades del sujeto, lo que uni-

(40) Así, sin embargo, la objeción de ARTHUR KAUFMANN (*Jus*, 67, p. 149) contra Welzel.

(41) *ZfR*, 64, p. 46; del mismo, *Welzel-Festschrift*, pp. 409 y ss.

(42) *Welzel-Festschrift*, p. 410.

(43) También JESCHECK (*Lehrbuch*, p. 176) reconoce que el «contenido de voluntad puede ser determinante para la medida de la contrariedad a cuidado».

(44) *Studien*, p. 74.

(45) *Obra cit.*, pp. 74 y s.

do a la base de voluntad actual constituyen la cognoscibilidad individual de las consecuencias de la acción, el hecho negativamente valorado «contrariedad a cuidado». La falta de cuidado es, según esto, no una propiedad que afecte sólo a la finalidad de la acción, es decir, al proyecto, sino una propiedad que afecta al sujeto («cognoscibilidad individual»); la cognoscibilidad individual sólo describe las condiciones residentes en el sujeto para que no se produzcan acciones, pero no puede describir las acciones que no deben producirse. El objeto de la norma del delito imprudente muestra, así, una estructura distinta que el objeto de la norma del delito doloso (47).

g) Tampoco las recientes consideraciones de Hirsch sobre la relación de finalidad e imprudencia allanan el camino hacia la finalidad jurídicamente desaprobada. Acertadamente parte Hirsch de que la finalidad de la acción imprudente se relaciona «con un acontecimiento previo al resultado» (48); sin embargo, llega a la conclusión de «que respecto a la valoración jurídica, aquí, a diferencia de lo que ocurre en el delito doloso, no sólo interesa la voluntad de acción sino que, junto a ello, juega un papel esencial precisamente la previsibilidad de un resultado no final» (49). La previsibilidad (objetiva) es designada como una «*propiedad de la acción*» no abarcada por la finalidad de la acción (50), sobre cuya relación con el contenido de voluntad sólo se conoce en la medida en que «debe ser valorada en atención al hacer voluntario dado» (51). También aquí, por tanto, queda abierta la posibilidad de que acciones con el mismo contenido de voluntad puedan ser cuidadosas o contrarias a cuidado según que manifiesten la «propiedad» adicional de la previsibilidad objetiva, cuyo fundamento de valoración no lo forma solamente el contenido de voluntad.

h) El planteamiento más consecuente se encuentra en Zielinski (52). El es el primero en construir el disvalor de acción de la imprudencia sobre el disvalor de la meta perseguida. Si la pretensión metódica de la doctrina final de la acción no ha de fracasar ante el delito de imprudencia (inconsciente), es éste el paso necesario y únicamente consecuente.

Zielinski parte de que las normas de cuidado, como reglas generales, abarcan comportamientos peligrosos, típicos o abstractos, como atravesar finalmente un cruce en rojo (53). Esta exigencia de peligro-

(47) El conocimiento de la causación del resultado típico (dolo) no es un supuesto de la cognoscibilidad individual (= error del tipo evitable=dolo potencial). El conocimiento es actualidad, la cognoscibilidad es la ausencia del conocimiento actual respecto a un objeto; cfr. sobre esto SCHÖNE, *JZ*, 77, pp. 154 y s.; conocimiento y cognoscibilidad, por tanto, tampoco caen bajo un concepto superior común como el de «dirigibilidad» o «evitabilidad» (así, sin embargo, JAKOBS, *Studien*, pp. 34 y ss. y 47; del mismo, *Welzel-Festschrift*, pp. 314 y ss., y parte general, 6-27 y 9-4).

(48) *ZStW*, 93, 1983, p. 857.

(49) *Obra cit.*, p. 859.

(50) *Obra cit.*, p. 860.

(51) *Obra cit.*, p. 858.

(52) *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 152 y ss.

(53) *Obra cit.*, pp. 171 y ss.

sidad situacional se puede describir de manera que el sujeto actuante no ha tomado medida adicional alguna para eludir la peligrosidad. De contrariedad a cuidado actúa, de esta manera, quien cruza en rojo sin tomar conciencia del tráfico existente, quien arroja tejas desde el tejado sin cerrar el paso peatonal, quien opera sin desinfectar los instrumentos, etc. Remitiéndose a formulaciones lingüísticas, denomina Zielinski a la falta de medidas de cuidado la *ohne-zu-Komponente*, en que se recoge la peligrosidad situacional de las acciones abstractamente peligrosas. Pero, puesto que sólo la concreta peligrosidad para el objeto del bien jurídico constituye el específico contenido de injusto de los delitos imprudentes, le corresponde a la *ohne-zu-Komponente* la función realmente fundamentadora del injusto (54). Por otra parte, Zielinski no quiere considerar dogmáticamente a la *ohne-zu-Komponente* como la descripción de una acción sino que la entiende como el denominado elemento del deber jurídico (55), que no necesita situarse en la conexión final. De esta manera quiere Zielinski formular normas generales desde la finalidad de la acción, lo que sólo se consigue, según él, respecto de acciones abstractamente peligrosas. Las normas, al mismo tiempo, sin embargo, sólo han de prohibir acciones de peligro concreto.

El elemento del deber jurídico de la *ohne-zu-Komponente*, donde Krümpelmann ve una de las «aportaciones más fructíferas de la nueva dogmática de la imprudencia» (56), me parece a mí, por el contrario, que invalida una de las aportaciones más fructíferas de Zielinski. Considerado desde el problema de partida, fundamentar el disvalor de acción del delito imprudente sobre el disvalor de la meta perseguida (57), la construcción de Zielinski del disvalor de acción no lleva a feliz término. Pues, de una parte, la *ohne-zu-Komponente* ha de asumir la función auténticamente fundamentadora del injusto, y, de otra, debe permanecer fuera de la conexión final (58). No obstante, sigue siendo mérito de Zielinski haber formulado por primera vez, de una forma dogmáticamente precisa, la meta teórica que él cree haber alcanzado ya: «Tampoco el delito de imprudencia inconsciente es otra cosa que un delito doloso no descrito típicamente» (59).

i) La valoración crítica de las interpretaciones del delito imprudente sobre la base de la concepción final de la acción proporciona la prueba sobre la afirmación realizada al principio (*B* antes de *D*) de que hasta ahora no ha sido posible mostrar la identidad, a postular consecuentemente, de la estructura de la parte subjetiva del injusto del delito doloso y el delito imprudente. A continuación, por tanto, habrá de probarse si la pretensión de la doctrina final de la acción de cons-

(54) *Obra cit.*, p. 174.

(55) *Obra cit.*, pp. 179 y ss.

(56) *Bockelmann-Festschrift*, p. 446.

(57) ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, p. 154.

(58) De esta manera, pues, no parece un simple *lapsus linguae* que ZIELINSKI hable ulteriormente de «acciones jurídicamente neutras en su finalidad» (*ob. cit.*, p. 182).

(59) *Obra cit.*, p. 191; en lo sustancial, también WEIDEMANN, *GA*, 84, pp. 423 y ss.

tituir una interpretación monista del injusto es sostenible en sus consecuencias teóricas y prácticas.

C) LOS EFECTOS DE UNA DOCTRINA PERSONAL DE LA ACCIÓN CONSECUENTE SOBRE EL DELITO IMPRUDENTE

I. LAS CONSECUENCIAS DOGMATICAS

Punto de partida de las siguientes reflexiones es el simple hecho de que, en el caso del delito imprudente, la finalidad del agente no abarca el resultado típicamente reflejado en la ley. En esta «conexión» reside, como con razón dice Stratenwerth, «precisamente el punto de partida para una concepción del delito imprudente dogmáticamente adecuada» (60). Sólo queda extraer las consecuencias correctas.

a) *El concepto de disvalor-hecho (Sachverhaltsunwert) del delito imprudente*

Mientras que la opinión dominante, debido a la ausencia de una relación intencional entre la acción y el resultado, niega la relevancia jurídica del contenido de voluntad, resulta del postulado disvalor de intención la negación opuesta: el resultado típico no puede contener aquel disvalor de hecho que subyace al disvalor de invención de la acción imprudente, sin que pueda ayudar siquiera la forma metafórica de hablar sobre el «resultado imprudentemente perseguido» (61). Si se quiere mantener la exigencia de un disvalor de acción unitariamente estructurado, deberá prepararse otro hecho disvalorado con el que se relacione la finalidad de la acción descuidada. Si esto es posible, resultará que el delito imprudente se distingue del delito doloso no sólo en el disvalor de acción, sino también en el disvalor de hecho que fundamenta aquel disvalor. El resultado legalmente descrito se encuentra, respecto a la fundamentación del injusto, a mayor distancia que en el delito doloso (62), puesto que entre él (el resultado típico) y el disvalor de acción se encuentra el otro disvalor de hecho buscado, que aparece como motivo del supuesto legislador (63) y debe proporcionar la descripción, ausente, del disvalor de acción y de hecho del delito imprudente.

El hecho buscado consiste en una determinada constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión del bien jurídico (causación del resultado típico) prohibiendo, por tanto, la producción final de tal constelación. La posibilidad del resul-

(60) *SchwZtStr*, 81, 1965, p. 205.

(61) RUDOLPHI, *Maurach-Festschrift*, pp. 60 y 65.

(62) ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, p. 411, n. 50.

(63) ATMIN KAUFMANN, *ob. cit.*, p. 409.

tado, en sí misma, no es, por lo demás, elemento de la descripción conceptual (contenido conceptual), sino que permanece como motivo para la formación de los factores que ocasionan el resultado. En esta construcción reside el problema axiológico de la imprudencia, un problema que no se puede resolver mediante un cálculo de probabilidades: «Está “a priori” excluido transformar consideraciones axiológicas en prognosis intelectuales de hecho» (64).

La formación de descripciones conceptuales de hechos disvalorados afecta a un ámbito de tareas donde los esfuerzos para determinar la falta objetiva de cuidado y la doctrina de la atribución objetiva, especialmente bajo los términos «riesgo permitido, no permitido» o «peligro intolerable», ya han proporcionado resultados muy valiosos. Por lo demás, sus fundamentaciones y resultados aparecen como un conglomerado de elementos objetivos y subjetivos que necesitan de una revisión dogmática y, al menos, una diferencia teórica.

Ya el hecho de limitar el *concepto* del buscado disvalor de hecho a las circunstancias conocidas en el momento de actuar, o cognoscibles para cualquiera, carece de fundamento. Pues la cuestión de qué acumulación de factores ocasionantes del resultado supera el límite de la tolerancia, o sea, forma un síndrome de riesgo, puede plantearse y resolverse, sin más, en atención a cualquier elección (65) de condiciones en el sentido de cualquier ley causal. El concepto definitivo abarca una parte de factores puramente objetivos de una relación conforme a una ley natural entre la acción y el resultado. Y es independiente de «si el sujeto actuante o cualquier persona reconoce el peligro y, por tanto, independiente de si el sujeto actuante o cualquier persona tiene o no por segura la producción de un acontecimiento» (66). Pues el objeto debe constatarse con independencia de su conocimiento (o de la cognoscibilidad objetiva o individual). Las directrices decisivas para construir las normas de cuidado particulares deberán establecerse, por tanto, como en el delito doloso, indirectamente, mediante la descripción de hecho objetivos. Una vez establecidas, se tiene ya el objeto de referencia de la finalidad jurídicamente desaprobada, y al intérprete del Derecho no le queda más que subsumir el caso concreto, de donde resulta si se ha actuado descuidadamente o no. Como ya se ha señalado frecuentemente, no se encuentran —o no se encuentran fácilmente— los conceptos de síndrome de riesgo suficien-

(64) ARMIN KAUFMANN, *ZfR*, 64, p. 49; cfr. también RUDOLPH, *SK*, antes del párrafo 1, número marginal 55.

(65) El mismo criterio de la elección no es ni contenido del concepto de disvalor de hecho (síndrome de riesgo) que se busca, ni proporciona la medida de valor para decidir la cuestión sobre si lo elegido es suficientemente peligroso. Incluso la pronosticabilidad del resultado es criterio de la elección, y afecta al proceso de la formación conceptual, no al contenido de él.

(66) Así, acertadamente, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, parte general, 2.^a ed., 1975, pp. 8-33. En contradicción con esto, sin embargo, se dice en obra citada: «La constatación del peligro está, así, relacionada con el momento de actuar...» También, del mismo, *Studienbuch*, 2.^a ed., 1984, pp. 5-42. El juicio *ex ante* es sinónimo del carácter decisivo del conocimiento o desconocimiento.

temente elaborados y especializados que se buscan. La subsunción presupone, por tanto, necesariamente, la labor conceptual. Puesto que la elaboración de conceptos de disvalor de hecho, la formación del tipo, tiene que fundamentarse, se mezclan en esta tarea —de manera prácticamente inevitable— dos aspectos que teóricamente deben mantenerse estrictamente separados: el concepto formado, como producto independiente que ha de analizarse y el proceso de su elaboración, de modo cuasi legislativo.

La construcción conceptual es necesaria, sin embargo, sólo en la medida en que permita valorar el correspondiente caso particular. Para ello interviene aquí un prácticamente necesario y metodológicamente permitido «trasladar de aquí para allá la atención entre la premisa mayor y el hecho de la vida» (67) que ahorra construcciones superfluas. A la acumulación del concepto con los motivos de su formación se añade, pues, el engranaje de dos pasos distintos en lo fundamental: la formación de la norma y su aplicación al caso concreto.

La interdependencia de estos problemas no se puede resolver, pero sí aclarar. A ello se dedicará el análisis del procedimiento práctico en la formación de normas de cuidado que sigue, respecto al cual, y en relación con el objetivo de la investigación, se dirigirá la atención especialmente al papel de la finalidad de la acción y las implicaciones dogmáticas relacionadas con ella.

b) *El papel de la finalidad en la formación del tipo*

La elaboración de un disvalor de hecho propio en el delito imprudente parece primariamente pensada para poder constatar la realización del tipo objetivo y, sólo en segunda línea, para poder constatar el objeto de la finalidad. Sobre la primera cuestión gira una parte de la discusión que se orienta bajo la denominación conjunta de atribución objetiva; la segunda cuestión, como se expuso, no ha sido planteada hasta ahora ni siquiera por el finalismo.

Aunque se hace valer, precisamente, como una evidencia incuestionable, ordenar el «riesgo permitido» y su realización en el tipo objetivo, resulta ello dudoso. En primer lugar es cuestionable si a la producción del resultado típico que, según el Derecho positivo, es presupuesto de la punibilidad, resulta necesario añadir la constatación, además, de las circunstancias de un síndrome de riesgos. Pues a toda producción del resultado precede, necesariamente, una situación que incluye en sí misma la posibilidad (peligro) de la causación del resultado (68). Si estos peligros intermedios o riesgos fuesen intolerables, re-

(67) ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.^a ed., 1963, p. 15.

(68) ARZT y WEBER, *Strafrecht*, parte especial, entrega segunda, 1983, número marginal 77; BAUMANN y WEBER, *Strafrecht*, parte general, p. 229, n. 43; DEMUTH, *VOR*, 73, pp. 445 y s.; del mismo, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, pp. 82 y ss.; HORHN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, pp. 51 y ss.; del mismo, *SK*, antes del párrafo 306, número marginal 5; LACKNER, *StGB*, párrafo 315c, anotación 5 a); MAURACH y SCHRÖDER, *Strafrecht*, Parte Especial, 6.^a ed., 1981, p. 7; SCHÖNKE, SCHRÖD y CRAMER, *StGB*, 19.^a ed., 1978, antes del párrafo 306, número marginal 13 y s.; SCHRÖDER, *ZStW*, 81,

sultaría ya también realizado, siempre, el tipo objetivo con la causación del resultado (69). Pero esta cuestión no necesita ser decidida; pues resulta prácticamente superada en la medida en que, unánimemente, la práctica totalidad de la doctrina dominante, en Derecho penal (70) y en Derecho civil (71) —por lo demás de forma teóricamen-

1969, p. 12; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, p. 749; SPENDEN, *Stock-Festschrift*, 1966, p. 104. No de otra manera WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 224 y 233 y s., que distingue la presencia del peligro de su atribución «objetiva».

(69) Con ello se presupone la distinción entre los momentos que especifican más precisamente el resultado o la lesión del bien jurídico y aquellos que se refieren a los eslabones intermedios del nexo causal entre la acción y el resultado. El concepto de riesgo —el permitido o el no permitido— se debería reservar para aquellas delimitaciones típicas del proceso causal que resultan de tener en cuenta lo limitado de la capacidad humana de conocer y pronosticar. Entonces no se contarían dentro de la problemática del riesgo los erróneamente tratados como «disminución de riesgo» (cfr. RUDOLPHI, *SK*, antes del parágrafo 1, número marginal 58, con remisiones) impedir el resultado o disminuirlo (acertadamente, PUPPE, *ZStW*, 92, 1980, pp. 883 y ss.; de la misma, *ZStW*, 95, 1983, p. 282; ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, pp. 254 y ss.), incluso el consentimiento en la lesión o peligro ajenos excluyente de la tipicidad (cfr. sobre ello ROXIN, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 250 y ss.) y la autolesión autorresponsable. En qué medida también la autopuesta en peligro bajo la propia responsabilidad delimita ya el concepto de resultado, y no sólo el proceso causal, depende de que excluya la punibilidad sin atender al saber del autor; cfr. sobre ello el texto en lo que sigue.

(70) BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, p. 68; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1974, pp. 38 y 65 y s.; del mismo en *Wiener Kommentar*, entrega segunda, 1979, parágrafo 6, número marginal 36 y 55; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 55 y s.; del mismo, *DJT-Festschrift*, pp. 428 y s.; P. FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, p. 89; W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 132 y ss., 160 y 489; HAFT, *Strafrecht*, parte general, p. 155; HIRSCH, *LK*, 10.ª ed., 1981, parágrafo 230, número marginal 6; del mismo, *ZStW*, 94, 1982, p. 274; HONIG, *Frank-Festgabe*, vol. I, 1930 (reedición, 1969), pp. 183 y ss.; JAKOBS, parte general, 7-32, n. 52 y 7-49; del mismo, *Studien*, pp. 55 y s.; JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 230 y 468 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 260; MAURACH y ZIFF, *Strafrecht*, parte general, 1, parágrafo 18, número marginal 33; MAURACH y GÖSEL, *Strafrecht*, parte general, 2, parágrafo 43, número marginal 13; ROXIN, *Honig-Festschrift*, p. 147; RUDOLPHI, *SK*, antes del parágrafo 1, número marginal 54 y s.; F. C. SCHRÖEDER, *LK*, 10.ª ed., 1985, parágrafo 16, número marginal 28; SCHMOLLER, *ÖJZ*, 82, p. 453, n. 58; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *StGB*, parágrafo 15, número marginal 139 y ss.; SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER, *StGB*, antes del parágrafo 13, número marginal 87 y 93; STRATENWERTH, I, parte general, número marginal 222 y s. y 1098; WALDER, *SchwZStr*, 93, 1977, p. 146; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 132; WESSLS, *Strafrecht*, parte general, pp. 53 y 57; WOLTER, *GA*, 77, pp. 269, 272 y 274. Tampoco BAUMANN, WEBER, *Strafrecht*, parte general, pp. 224 y ss., pueden evitar, pese al rechazo en lo fundamental de la teoría de la adecuación, en casos excepcionales «de total improbabilidad de la causalidad», tomar «un préstamo de la teoría de la adecuación», de donde extraer un «momento subjetivo» (cfr. el ejemplo de la p. 226, n. 33).

(71) BGH, *Z*, 3, pp. 261 y 266 y s.; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, pp. 126 y ss.; ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht*, vol. I, parte general, 6.ª ed., 1984, p. 529; HUBER, «Verschulden, Gefährdung und Adäquanz», en *Wahl-Festschrift*, 1973, pp. 332 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, vol. I, parte general, 13.ª ed., 1982, pp. 405 y ss. y 408; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, pp. 150 y ss., 185 y s. y 256 y ss.; PALANDT y HEINRICH, *BGB*, 45.ª ed., 1986, prefacio al parágrafo 249, anotación 5 b) aa); SOERGEL, SIEBERT y SCHMIDT, *BGB*, 11.ª ed. (estado: otoño, 1967), parágrafo 249, número marginal 17; STAUDIGER y MEDICUS, *BGB*, 12.ª ed., 1983, parágrafo 249, número marginal 35; TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Strafrecht und Zivilrecht*, 2.ª impresión, 1929, pp. 159 y ss.; WEITNAUER, «Zur Lehre von adäquaten Kausalzusammenhang. Versuch einer Ehrenrettung», en *Oftinger-Festschrift*, 1969, p. 338.

te infundada—, hace depender la autorización del riesgo y el riesgo mínimo no permitido apelando a la previsibilidad objetiva y adecuación desde el alcance del saber del autor. En los casos donde se consideran «saber especiales» resulta esto claro. Con ello no se trata sólo de situaciones excepcionales que exijan la inclusión de elementos subjetivos en la base del juicio de riesgo. Más bien se trata —prescindiendo incluso del principio señalado pasar por alto el *status* del factor de riesgo acción—, con el saber especial, de fundamentar la valoración, necesariamente, en el saber total del autor. Pues que el hecho reconocido por el «observador objetivo» se complete con el especialmente conocido, o que el conocido por el autor se añada a las circunstancias reconocibles objetivamente, resulta indiferente: la situación de riesgo a valorar nunca va más allá del ámbito de conocimiento del sujeto actuante.

De la relevancia del saber especial resulta, de otra parte, necesariamente, la relevancia del desconocimiento de aquellos factores de riesgo que pueden ser objeto del saber especial. Las implicaciones para el concepto y construcción del «riesgo no permitido» no han sido todavía pensadas hasta sus últimas consecuencias. A ellas remiten los ejemplos que siguen.

Así se ofrece, en primer lugar, un caso de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) que considera la «autopuesta en peligro libre y responsablemente aceptada» (72). El acusado consiguió tres jeringuillas con las que su amigo H (y él mismo) pudo inyectarse una mezcla de heroína que el propio H se preparó; la inyección produjo la muerte de H. El BGH desestimó la punibilidad del acusado por homicidio imprudente con la siguiente fundamentación: «Quien sólo provoca, hace posible o facilita el acto de autopuesta en peligro libre y responsablemente querida y efectuada (dolosa o imprudentemente), toma parte en un acontecimiento que —en la medida en que se cuestiona la punibilidad por homicidio, o lesiones— no constituye un hecho típico ni, por tanto, punible» (73).

Aunque esta decisión, por considerar la autopuesta en peligro libremente responsable de la víctima, es saludada como «un paso en la línea de la doctrina de la atribución objetiva» (74), contiene, en realidad, una limitación de importancia sistemática significativa, sólo marginalmente manifestada y apenas considerada. Es cierto que la fundamentación sugiere la impresión de que, con la autopuesta en peligro libremente responsable, falta ya un elemento del tipo objetivo del párrafo 222, *StGB*, precisamente el «resultado», como subraya el mismo BGH en este punto (75). Sin embargo, continúa el BGH, tras el párrafo arriba citado: «La punibilidad sólo puede comenzar allí donde el

(72) BGH, 32, p. 262.

(73) Lugar citado, p. 265.

(74) ROXIN, *NSIZ*, 84, p. 411; también FÜNFSINN, *StV*, 85, p. 57; KIENAPFEL, *JZ*, 84, pp. 751 y s.; SEIER, *JA*, 84, p. 533; H. W. SCHMIDT, *MDR*, 85, p. 1; STREE, *JuS*, 85, pp. 179 y 181; críticamente HORN, *JR*, 85, p. 513.

(75) BGH, 32, pp. 262 y 265.

mismo participe, debido a su conocimiento reflexivo de los hechos, comprende mejor el riesgo que quien se pone en peligro a sí mismo» (76). Según esto, no se opone a la responsabilidad del acusado la ausencia del resultado típico, pues el simple añadido del «conocimiento reflexivo de los hechos» sólo puede llevar a la punición allí donde ya se den las circunstancias objetivas (el «disvalor de hecho»).

Que el comportamiento del acusado «no es un acontecimiento típico» se sigue, por tanto, del desconocimiento de factores relevantes de riesgo objetivamente existentes, es decir, de la ausencia del disvalor de acción. La atribución del resultado fracasa, pues, no por la ausencia de circunstancias objetivas sino que sólo resulta delimitada por exigencias de la parte subjetiva del sujeto actuante.

Otros ejemplos de esta clase se pueden añadir a voluntad: la enfermera que pone de buena fe una inyección mortal preparada por el médico, no realiza el tipo del parágrafo 222, *StGB*, ya que estaba autorizada a confiar en la orden médica (77). La madre que sin saber nada da de comer a su hijo el alimento infantil envenenado a escondidas por su amigo, no infringe ningún deber de cuidado. Tampoco se comporta descuidadamente quien da a probar la bebida o los bombones destinados a él, sin saber que están envenenados. El cartero que sin saberlo entrega la carta-bomba, no comete un homicidio ni unas lesiones imprudentes. El ciclista que, para no tener que aparecer en rojo se agarra al poste del semáforo, ocasionado un accidente de circulación porque el poste, deteriorado en su base, cae sobre el cruce de la calzada, no actúa imprudentemente si desconocía el estado del poste. En todos estos casos no se realiza el tipo (ni la atribución del resultado) por la sencilla razón de que el sujeto actuante desconoce los factores de riesgo existentes.

En los ejemplos aludidos la autorización del riesgo resulta claramente de una consideración de lo limitado del saber del autor. La opinión dominante coloca (*steckt*) —u oculta (*versteckt*)— esta consideración en la elección *ex ante* de la base fáctica del juicio de riesgo. Estando obligada a ello por desconocer una categoría dogmáticamente independiente para lo subjetivo en el injusto imprudente (78).

En su lugar, el «observador objetivo» no sólo incorpora, como pa-

(76) Lugar citado, p. 265; también BGH, *StV*, 85, p. 56; BGH, *NSStZ*, 85, p. 251; JÄHNKE, *LK*, 10.^a ed., 1981, parágrafo 222, número marginal 21.

(77) Confróntese BGH, 6, pp. 282 y 288 y s.

(78) Sorprendentemente obtiene también JAKOBS (*Strafrecht*, parte general, pp. 7-47 y ss.) el riesgo relevante aun con ayuda del punto de vista *ex ante* y del saber especial, pese a construir la cognoscibilidad individual, como tipo subjetivo del delito imprudente, sobre el «estado de conocimiento dado actualmente» (*Studien*, p. 85). Lo realmente defectuoso es la determinación del objeto del delito doloso por medio del juicio *ex ante* y el saber especial; así, sin embargo, implícitamente, todos aquellos que incluyen el juicio de adecuación sobre la «atribución objetiva» en el tipo objetivo del delito doloso (así, también: JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, pp. 8-44, y W. FRISCH *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 119 y ss., confrontar no obstante, también, las pp. 130, 134 y 138). De esta forma se confunden el conocimiento y la cognoscibilidad con su objeto, lo que JAKOBS, teóricamente, en otro lugar, acertadamente evita (*Strafrecht*, parte general, pp. 7-29).

liativo, el saber especial sino que también, en los casos de «imprevisibilidad objetiva» de los factores de riesgo relevantes, debe tener en cuenta el desconocimiento del sujeto actuante: ¡en el juicio *ex ante* considera de antemano el error sobre el tipo de imprudencia! Este privilegio de la ignorancia, como tipo de autorización de riesgos (79), pasa desapercibido porque el punto de vista *ante actum* separa sólo un momento estructural formal-temporal de la finalidad que predetermina la ejecución de la acción y el proceso causal, de manera que pierde de vista a la finalidad como verdadero objeto de la valoración.

La opinión general no dispone de una receta dogmáticamente fundada que permita elaborar la mixtura del juicio *ex ante*, o conforme a la cual poder analizar sus puntos esenciales. La consideración del saber especial y el, en ella implícito, reconocimiento de un error sobre el tipo de imprudencia, sin embargo, presupone una descripción típica, un presupuesto conceptual de aquellas circunstancias que, al menos, deben ser abarcadas por la finalidad de la acción (80). Pues

(79) Que existe un grado de riesgo moderado determinado de manera puramente objetiva afecta, en primer lugar, a la cuestión terminológica sobre qué círculo de aspectos limitativos de la tipicidad se incluye bajo esta expresión (véase *ut supra* la n. 68). Si se limita, como se sugirió antes, a la consideración de la restringida capacidad humana de conocimiento, se cuestionará, con posterioridad —si es posible y adecuado establecer—, además, una frontera entre circunstancias, en general, objetivamente, irreconocibles en lo fundamental, de una parte, y circunstancias sólo individualmente desconocidas, de otro. Lo que sería necesario si la incalculabilidad del rayo, de la caída del avión, el accidente de tráfico o el actuar posterior de un tercero condujeran siempre a un riesgo permitido. Sin embargo, también respecto a tales acontecimientos dispone el agente —dado el estado actual de la Meteorología, con la excepción, quizá, de la caída del rayo—, a veces, de informaciones especiales (cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, p. 68; WESSELS, *Strafrecht*, parte general, 16.^a ed., p. 57); además, a veces, es la incalculabilidad, básica o accidentalmente, de los acontecimientos (por ejemplo, peligro de alud, cuarentena de los primeros astronautas) lo que motiva la prohibición.

(80) Sustancialmente, por lo demás, se aprecia la exigencia de un mínimo de intencionalidad que vaya más allá de la mera voluntariedad de la acción cuando se exige, por lo que se refiere a la cognoscibilidad individual del resultado —con independencia del lugar donde se la ordene—, un «motivo» para la utilización del poder cognoscitivo situado en el conocimiento actual del autor. Así, pone de relieve NOWAKOWSKI (*JZ*, 58, p. 389): «También de la imprudencia inconsciente se puede extraer un “disvalor de acción”, consistente en que la decisión de actuar fue tomada bajo circunstancias que contienen una referencia cualificada a la posibilidad de un... menoscabo para el bien jurídico.» SCHMIDHÄUSER exige la «vivencia actual de puntos de referencia suficientes», y habla de un «conocimiento parcial del hecho» (*Strafrecht*, parte general, 2.^a ed., pp. 10-100 y s.; *Studienbuch*, parte general, 2.^a ed., pp. 7-106, y *Schaffstein-Festschrift*, pp. 143 y s.). Según JAKOBS, «el estado actual de conocimiento» debe «permitir la conclusión sobre el peligro de lesión» (*Studien*, p. 85).

El defecto sistemático reside en que el círculo de circunstancias del hecho fundamentadoras del motivo no se puede delimitar (normativamente). De ahí que ni para la doctrina dominante ni para el sistema de JAKOBS (quien, desde su planteamiento, debe suponer el «motivo de evitación dominante» en cada acción) resulte posible determinar normativamente el actuar prohibido ya mediante una finalidad mínima, sustancialmente determinada. Que el ciclista que se apoya en el mástil del semáforo no «debe» conocer su deterioro, ni siquiera aunque puede reconocerlo sin más —motivo de evitación supuesto en cada acto (así, también, en lo sustancial F. C. SCHROEDER, *LK*, parágrafo 16, número marginal 138)— resulta de que las circunstancias actualmente conocidas no son valoradas como relevantes para el riesgo. La doctrina dominante y JAKOBS

si a los tipos de imprudencia debe quedarles, necesariamente, un ámbito de aplicación práctica, deberá constatarse la intención imprescindible mínima de factores relevantes de riesgo y, así, al mismo tiempo, especificarse aquel círculo de circunstancias cuyo desconocimiento resulta privilegiado como error sobre el tipo.

Este tipo subjetivo del delito imprudente, no tipificado legalmente o sólo en parte tipificado, en los delitos cualificados por el resultado, es la contrariedad a cuidado de la acción.

Sólo la doctrina del injusto personal, que exige una finalidad dirigida al disvalor de hecho objetivo, ofrece un concepto no forzado y teóricamente fundamentado para la inclusión de un tipo subjetivo. Sólo sobre esta base, entonces, se podrá aclarar también la inevitable, pero perceptible, superposición de los diferentes círculos de problemas en la comprobación de la contrariedad a cuidado. Puesto que el correspondiente concepto del disvalor de hecho decisivo debe ser, antes que nada, encontrado, y puesto que, además, la exigencia del disvalor del acto obliga a elaborar conceptos de disvalor que satisfaga la concreta finalidad del sujeto actuante, resulta adecuado incluir, desde el principio, en la formación del concepto, para el caso concreto, sólo circunstancias conocidas por el autor. En esta medida, el procedimiento práctico sobre la base del concepto final del injusto es (parcialmente [81]) idéntico a la práctica de la valoración *ex ante* dominante. Sin embargo, sólo el punto de vista de la elección desde la finalidad permite mostrar por qué la formación del tipo debe fundamentarse en un material cuya amplitud (conocimiento especial) y límite (error sobre el tipo de imprudencia) vengan marcados por el saber del autor.

Sobre el desconocimiento de esta relación descansa, también, la tesis sustentada recientemente por Herzberg, según la cual la delimitación entre el dolo y la imprudencia consciente debe verse como un «problema del tipo *objetivo* del delito doloso» (82). Sobre la base de las investigaciones de Frisch (83), observa una escala gradual de riesgos no permitidos que permiten ya una distinción en los tipos objetivos de los delitos de resultado, peligro e imprudencia, trasladando así la diferencia entre el dolo de lesión, el dolo de peligro y la imprudencia consciente a los objetos de referencia objetiva (84).

Esta frontera, sin embargo, no discurre de ninguna manera ya por el ámbito del tipo objetivo. Lo que se demuestra con el ejemplo que

resuelven su defecto sistemático, una vez más, mediante la —intrasistemáticamente defectuosa— consideración del saber especial y el juicio *ex ante* en el concepto de riesgo permitido.

(81) Sólo parcialmente; porque la consideración *ex ante*, por lo demás, amplía la base fáctica del juicio de riesgo, más allá del conocimiento del autor, hasta los factores objetivamente cognoscibles; véase, no obstante, *infra*, II a).

(82) HERZBERG, *JuS*, 86, pp. 249 y 259 y ss.

(83) W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

(84) La frontera material de la imprudencia y el dolo ha de discurrir entre el actuar bajo el peligro «cubierto» y el peligro «no cubierto» (parte citada, pp. 254 y ss.), de manera que ni siquiera se realiza el tipo objetivo del delito doloso si el autor produce el resultado por medio de un peligro «cubierto» (*ob. cit.*, p. 253).

Herzberg introduce contra la consideración realizada por Armin Kaufmann acerca de la innecesariedad de criterios generales complementarios sobre la atribución de lo objetivo, que deban añadirse a la causalidad en el delito doloso (85): «Quien con golpes en la cabeza, deportivamente correctos, le ocasiona a su contrincante en el ring un derrame cerebral mortal, no realiza ni el tipo objetivo ni el subjetivo del párrafo 222, incluso si, maliciosamente, persiguió tal objetivo» (86). El reproche de que Kaufmann argumenta circularmente (87), se vuelve en contra como un bumerang: golpes en la cabeza al rival en el ring son «deportivamente correctos» en la medida en que el boxeador golpee con desconocimiento de la especial constitución de su contrincante, que provoca el derrame cerebral. En consecuencia, el tipo del delito doloso (y el del delito imprudente) no se realiza, precisamente, porque existe un error sobre el tipo (doloso e imprudente). La confusión resulta del desconocimiento de la intencionalidad: «El tipo subjetivo no es objetivo, porque ha de referirse al tipo objetivo» (88). O de otra forma: objeto del juicio de riesgo lo son, ciertamente, los factores representados *como* objetivos, pero precisamente sólo los representados, no los sin más siempre realizados objetivamente con la producción del resultado (89).

c) *Balance provisional*

El resultado de las investigaciones anteriores se puede resumir de la siguiente forma:

1) El tipo subjetivo del delito imprudente (la contrariedad a cuidado) consiste en el conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable («riesgo no permitido»).

(85) ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 251.

(86) HERZBERG, *JuS*, 86, p. 260, n. 48; también, *JR*, 86, p. 7.

(87) HERZBERG, *JR*, 86, p. 7.

(88) JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, pp. 9-7, n. 10, al final.

(89) Con esta corrección dogmática no se dice nada en contra de lo adecuado de la idea fundamental de HERZBERG, de retrotraer el dolo y la imprudencia a grados distintos del «riesgo no permitido». Sólo que, con ello, se trata de una escala a colocar sobre la base fáctica *perseguida* del riesgo no permitido. Además, el principio no está pensado hasta sus últimas consecuencias: el escalonamiento de peligros en el ámbito de aplicación de una única ley causal resulta, cuantitativamente, conforme al número de condiciones que se presuponen para los distintos grados de peligro. El dolo se distingue, así, de la imprudencia consciente en que tiene por contenido más condiciones del resultado, más circunstancias básicas, en que se *sustantiviza* la prognosis subjetiva del resultado. Al revés, la imprudencia consciente, pese a tener por posible la producción del resultado, se manifiesta como un caso del error sobre el tipo excluyente del dolo, porque el autor no conoció factores de riesgo en el ámbito de relevancia para el dolo. La graduación del riesgo relevante para el dolo y para la imprudencia (así como la formación de algunos escalones intermedios tales como dolo de peligro y temeridad) es un problema axiológico; cfr. ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 267, n. 31; también HERZBERG, *ob. cit.*, p. 255, pero de forma distinta, p. 254). Entre el dolo y la imprudencia no discurre, pues, ninguna frontera estructural.

2) La doctrina dominante considera el tipo subjetivo sin aludir a las consecuencias dogmáticas, en la medida en que basa la contrariedad a cuidado en un juicio *ex ante* y en el llamado conocimiento especial del autor. La consideración del saber especial se corresponde, como la cara opuesta, necesaria, con el error sobre el tipo de imprudencia que impide la punibilidad. Siendo ya considerado en la elección *ex ante* de la base del juicio y ocultándose, como ignorancia tolerada, bajo el ropaje del riesgo permitido.

3) El fundamento teórico del tipo subjetivo lo proporciona una doctrina del injusto personal consecuentemente desarrollada que resuelve el conglomerado del juicio *ex ante*, haciéndolo innecesario: la finalidad de la acción anticipa ya aquello que —como se ha mostrado— resulta necesario, y —como todavía se mostrará— constituye también objeto suficiente del juicio de valor.

II. LAS CONSECUENCIAS PRACTICAS: ¿FAVORECIMIENTO DEL DESCONOCIMIENTO Y DE LA DESATENCIÓN?

En lo que sigue deberán considerarse algunas objeciones que pueden surgir de la exigencia resultante, desde la doctrina de la acción final, sobre la finalidad dirigida al hecho objetivamente disvalorado. ¿No se hace retroceder la punibilidad por imprudencia de una forma político-criminalmente exagerada? ¿No se dirigen el significado y finalidad de las normas de cuidado precisamente a abarcar el actuar descuidado, falta de atención, con desconocimiento de las circunstancias relevantes de riesgo cognoscibles? ¿No resulta justamente temida la «resignación de la norma» (90) frente a la contingencia de lo individualmente conocido?

a) ¿Conocimiento del autor o circunstancias objetivamente cognoscibles como base del juicio de riesgo?

Antes de buscar una respuesta a las preguntas anteriores de manos de algunos ejemplos típicos o neurálgicos, deberá aclararse una vez más dónde reside la diferencia del planteamiento aquí seguido frente a la doctrina dominante. Mientras que la doctrina final de la acción sólo puede basar el juicio de contrariedad a cuidado sobre circunstancias (91) conocidas por el autor (92), reúne la posición asentada en un punto de vista *ex ante* su objeto de valoración no sólo conforme a la medida del saber del autor, sino que le añade, además, las

(90) SCHÜNEMANN, *Schaffstein-Festschrift*, 1975, p. 166.

(91) No se trata de la inclusión de otros factores de riesgo individualmente cognoscibles, ni de la cognoscibilidad individual del resultado típico; tampoco de la consideración de especiales capacidades de acción ni del conocimiento de reglas y leyes latente, pero no valorado como previsión actual.

(92) Este era, también, el punto de vista de VON KRIES, *Krit. Vierteljahresschrift für Philosophie*, año XII, 1888, pp. 228 y ss.

circunstancias cognoscibles para un observador objetivo. Se trata, por tanto, de una antigua diferencia, conocida en la historia de la teoría de la adecuación (93), y quizá sólo aparente. La cognoscibilidad objetiva de hechos adicionales puede comprenderse ya como producto de la aplicación de reglas de experiencia y leyes naturales al conocimiento del autor (94). Si, por contra, con la cognoscibilidad objetiva hubiese que suponer algo distinto, la necesidad de ampliar la base fáctica del observador objetivo no sería plausible. Si la figura-medida formada con el conocimiento nomológico óptimo no puede pronosticar un riesgo no permitido sobre la base de la situación conocida por el autor, entonces ningún hombre real será capaz de ello.

Ya estas reflexiones teóricas en el esquema lógico de la teoría de la adecuación aclaran que seguir el concepto de injusto personal no lleva consigo ninguna laguna en la punición. En qué escasa medida están fundamentados tales miedos de reducción motivados político-criminalmente lo muestra, complementariamente, una breve consideración metódica: la estructura final de la acción y la exigencia del disvalor-acción pueden limitar materialmente la creación de normas de cuidado en tan escasa medida como la exigencia del dolo puede impedirle al legislador la creación de nuevos tipos de lesión de la propiedad o daño patrimonial; aquéllas no proporcionan ni modifican medida alguna, sino que sólo predeterminan el material a normar.

La siguiente consideración de ejemplos sobre la posible modificación de los límites de la autorización del riesgo y sobre la llamada imprudencia de conocimiento ha de aclarar y confirmar las apreciaciones teóricas anteriores.

b) *¿Obligación de privilegiar el error?*

El desconocimiento de factores relevantes de riesgo conduce, si, por su parte, es relevante, a un error sobre el tipo de imprudencia: que sea relevante lo decide la formación del tipo, es decir, el conjunto de factores de riesgo determinantes que constituyen el disvalor de hecho. Como lo muestra el siguiente ejemplo del hemofílico.

En el caso del Tribunal del Reich (RG) 54, 349, el acusado alcanzó en la cabeza, con una piedra, al escolar G que se acercaba, ocasionándole una herida insignificante; puesto que G era hemofílico, murió el mismo día. Resulta incuestionable que una herida, en otro caso insignificante, respecto a un hemofílico constituye un hecho que representa un peligro concreto para su vida. Ahora bien, quien lesiona levemente a otro, sin conocer la enfermedad de la hemofilia, desconoce

(93) Confróntese ENGISCH, *Kausalität*, pp. 55 y s.; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, p. 148.

(94) Así P. FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, p. 89. Incluso circunstancias que habría conocido el observador objetivo, en la situación del autor, en base a la percepción sensorial, atención, cuidado y examen, son resultado de la aplicación de reglas de experiencia en una situación de partida que proporciona el motivo para la observación, el cuidado, examen o semejantes.

precisamente la circunstancia que fundamenta el peligro para la vida y, con ello, el disvalor de hecho. Se trata, por tanto, de un error que excluye el disvalor-intención, es decir, de algo no contrario a cuidado en relación con la vida de otro. La conclusión se corresponde plenamente con una valoración ampliamente aceptada de este ejemplo (95). El RG, por lo demás, estimó en el caso de la hemofilia punibilidad por homicidio imprudente. La decisión distinta, encubierta, de la cuestión axiológica no estuvo prejuzgada por la exigencia de un disvalor de acción. Pero se basa en un disvalor de hecho distinto al que lleva, con la primera solución, a la del error sobre el tipo. Como síndrome de riesgo aparece, según el RG, únicamente la circunstancia de que se le ha producido a alguien una herida leve y, consecuentemente, tal lesión dolosa debe considerarse como contraria a cuidado respecto a la vida de otro. La relación con otras personas, por tanto, según la valoración del RG, está sometida genéricamente a exigencias igual de estrictas que aquellas a las que está sometido el comportamiento de quien conoce la hemofilia.

Otro ejemplo: el automovilista que —circulando por un lugar en que está autorizado hacerlo a la velocidad generalmente permitida— lesiona mortalmente a un niño porque, oculto entre los coches aparcados, saltó de pronto a la calzada —antes de poder detener el coche— no actúa, según la opinión general, descuidadamente (96), ya que desconoce el factor de riesgo decisivo. Si hubiese tenido un conocimiento positivo o hubiese percibido muestras de que hay niños corriendo entre los coches o jugando ocultos tras ellos, habría de valorarse la situación de otra forma. Por lo demás, la pregunta sobre la medida de las exigencias de cuidado es, también aquí, un problema normativo. Sería pensable considerar ya descuidado y prohibido conducir a la velocidad permitida en el centro de las ciudades cuando se sabe que se hace junto a automóviles aparcados u objetos que impiden mirar a los lados. Si así fuese, el disvalor de hecho y de acción se volvería a fundamentar mediante una parte de la realidad más pequeña y menos significativa para el peligro del bien jurídico.

Estos ejemplos muestran que la creación de normas de cuidado no resulta limitada por la exigencia de un disvalor de intención. Pero el mismo hace posible dar cumplida cuenta sobre las medidas establecidas. Pues donde aparentemente no se exige el conocimiento de circunstancias relevantes de riesgo se trata, en realidad, de retroceder a un disvalor de hecho y de acción distintos, y de fundamentar la contrariedad a cuidado sobre un peligro de resultado menos sustantivo,

(95) Confróntese RUDOLPHI, *JuS*, 69, pp. 551 y 553; BGH, 14, p. 52.

(96) En la literatura y en la jurisprudencia se encuentra esta constatación la mayoría de las veces sólo respecto a un comportamiento alternativo conforme a Derecho en el examen de la contrariedad a norma del resultado. Cfr. SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *StGB*, parágrafo 15, número marginal 162, 165 y 167; detalladamente: NIEWENHUIS, *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, pp. 86 y ss.; BGH, *VRS*, 20, p. 129; 26, p. 203, y 54, p. 436; BGH, 33, pp. 61 y 63 (sobre ello: EBERT, *JR*, 85, p. 456; KRANZ, *NJW*, 85, pp. 28 y 29; PUPPE, *JZ*, 85, p. 283).

es decir, de formar una norma más pobre en elementos y que, por tanto, interviene más drásticamente.

c) *La llamada imprudencia de conocimiento*
(*cuidado interno*)

Lo mismo vale para aquellos casos en que la imprudencia se fundamenta sobre una ausencia de conocimiento o una ausencia del «cuidado interno» (97). Al sujeto actuante se le han ocultado aquí determinados factores de riesgo que, con la pertinente atención, examen adecuado a deber o determinadas indagaciones de la situación por su parte, o de los medios de la acción, se le habrían hecho presentes.

El automovilista desatento que atropella a un niño que jugaba al lado de la calzada entre coches aparcados y saltó a la calzada, comete un homicidio imprudente si un conductor prudente habría notado la presencia del niño y evitado el accidente. Se comporta descuidadamente quien, al cambiar de carril en la autopista, produce una colisión porque no se ha percatado de la situación del tráfico (98). Y el médico que ocasiona la muerte del paciente al practicar una anestesia total cuya contraindicación se habría comprobado con un reconocimiento previo actúa, de igual manera, imprudentemente respecto a la vida (99).

Resulta claro que en tales casos la posibilidad de superar el desconocimiento mediante información previa no merece el privilegio del riesgo permitido. De otra parte, cabe plantear si las componentes decisivas del disvalor de hecho fundamentadoras del injusto no están situadas precisamente fuera de la finalidad, de manera que la infracción no incluya hecho disvalorado alguno, no habiéndose perseguido el disvalor del hecho dado (100).

Sin embargo, el intento, explicable, de derivar la lesión de la norma de la cognoscibilidad —aquí evidente— de determinados factores de riesgo induce a error (101). Pues allí donde el examen cuidadoso hubiese proporcionado el conocimiento de la ausencia de peligro o, al menos, la representación de un riesgo permitido (como, por ejemplo, en el caso de la miocarditis del BGH 21, 59) decaería ya la contrariedad a cuidado del actuar. Lo que significaría la introducción de

(97) Confróntese ENGLISH, *Untersuchungen*, pp. 269 y ss. y 307 y ss.; del mismo, *DJT-Festschrift*, p. 430; JESCHECK, *Lehrbuch*, parte general, p. 468.

(98) BGH, 5, p. 271 y 274 y ss.

(99) BGH, 21, p. 59.

(100) De ahí resultan también los esfuerzos de ZIELINSKI (*Handlungsund Erfolgswert*, pp. 171 y ss.) por mostrar la *ohne-zu-Komponente* en el actuar sin la obtención de información pertinente o sin emplear precauciones de seguridad como elemento del deber jurídico, lo que ciertamente proporciona la descripción de la acción, pero no necesita ser abarcado por el saber.

(101) Sobre las incongruencias que supone la aceptación de un deber de obtener el conocimiento (por ejemplo, SCHRÖEDER, *LK*, parágrafo 16, número marginal 138), cfr. ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 11 y s. y 144 y ss.; del mismo, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 329 y s.; HORN, *Verbotssirrtum und Vermeidbarkeit*, 1969, pp. 61 y ss.

«la consideración *ex post* sobre el concepto de cuidado» (102). Si, por el contrario, se toma en serio la consideración *ex ante*, sólo se llega, también en estos casos, a una «prognosis subjetiva anticipada» (103). Al juzgador objetivo *ex ante* le está disponible, en definitiva, el proyecto del sujeto actuante a considerar, pero no el conocimiento adicional de la situación que habría obtenido un prudente, atento, cuidadoso automovilista, médico, etcétera.

Esto parece aún evidente si, en el momento de la acción, la situación no puede ser mejor aclarada como, por ejemplo, al adelantar antes de la cumbre de una montaña o antes de una curva sin visibilidad. Aquí, ya el mero adelantamiento antes de la cumbre de la montaña, abarcado por la finalidad, se incluye en el juicio de disvalor porque la situación es cognoscible. Esta conclusión no cambia porque quien adelanta puede examinar la situación del tráfico, pero no puede asegurarse de la maniobra de adelantamiento. Su acción sigue estando dirigida por una intención jurídicamente desaprobada, incluso aunque no sea consciente de la imprevisibilidad de la situación. Que exista un defecto relevante de clarificación de los hechos sólo se sigue de las reglas de la experiencia que el juzgador ideal aplica al proyecto de acción que, por tal defecto, valora como peligroso.

La peculiaridad de la imprudencia de conocimiento no reside, por tanto, en el contenido de la norma de prohibición sino, en todo caso, en su motivo: riesgos comprobables no resultan tolerados. De donde se sigue: lo que caracteriza al hecho portador del juicio de disvalor no es la falta de atención, examen o indagación, sino el actuar en una situación abierta, incierta, respecto a determinados factores de riesgo, también para el juzgador *ex ante*, sean o no sean clarificables con más precisión. En consecuencia, también aquí, la acción prohibida ha de caracterizarse por la finalidad existente y no, como habitualmente se hace, por la finalidad ausente. De esta manera supera el concepto de imprudencia, también por lo que se refiere al cuidado interno, el estadio de padecimiento de una ausencia: sobre la contrariedad a cuidado decide lo que el sujeto actuante conoció, no lo que no conoció. También la imprudencia de conocimiento se integra, así, en el concepto de la doctrina del injusto personal.

D) RESUMEN Y PERSPECTIVA

Como exige el concepto de la doctrina final de la acción, aunque hasta ahora no se había conseguido plenamente, al finalidad jurídicamente desaprobada (concepto personal del injusto) constituye también el injusto del delito imprudente. Con ello muestran el injusto doloso y el injusto imprudente una estructura homogénea. Objeto de re-

(102) JAKOBS, *Studien*, pp. 63 y s. Lo que muestra, por lo demás, que las expresiones «cognoscibilidad» y «previsibilidad», ya en su sentido lingüístico, no se adaptan a la valoración *ex ante*.

(103) ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 256.

ferencia de la finalidad es un hecho-disvalor situado en la esfera previa a la producción del resultado típico (síndrome de riesgo); su elaboración (tarea axiológica de la formación del tipo), una vez producido el resultado, sólo es necesaria como medida del tipo subjetivo (contrariedad a cuidado).

Sustancialmente, aunque no elaboradas teóricamente, las consecuencias dogmáticas resultantes de ahí han sido aceptadas. La previsibilidad objetiva, la adecuación, el riesgo no permitido o la falta de cuidado, como requisitos del injusto imprudente, se construyen sobre el falsamente designado «saber especial» y el punto de vista ante *actum* —o sea, sobre el proyecto de acción en la psique del autor— su bordinando, así, al concepto de injusto la finalidad de la acción. La ausencia de «saber especial» conduce necesariamente al error sobre el tipo de imprudencia que excluye la punibilidad, y que forma, como tal, imperceptiblemente, el tipo de autorización de riesgo que privilegia el error.

En relación con qué factores relevantes de riesgo merece la impunidad (autorización de riesgo) el desconocimiento, es una cuestión normativa de la formación del tipo no prejuzgada por la estructura del injusto; el temor de que la creación de normas de cuidado deba capitular ante la ignorancia del sujeto actuante está, por razones metodológicas, fuera de lugar.

Decisivo (en el sentido estricto de la palabra) es el tipo subjetivo del delito imprudente como relación entre la finalidad y una parte, normativamente elegida, de un círculo mínimo de condiciones del resultado, también para la atribución objetiva; más precisamente: la atribución de circunstancias objetivas, es decir, del resultado (*Erfolg*) como resultado (*Resultat*) de factores intermedios conscientes. Se trata de la atribución de lo objetivo al tipo subjetivo, de congruencia. Esta tesis, no desarrollada aquí en detalle (104), puede ilustrarse, como panorámica, sólo brevemente, de manos de la sentencia del BGH 11, 1, que ha desencadenado la moderna discusión sobre la atribución.

El conductor de un camión adelantó a un ciclista a una distancia de 75 cm., cayendo el ciclista bajo el remolque, a consecuencia de lo cual murió. La suposición de que un adelantamiento a la distancia de 1 a 1,5 metros habría sido un comportamiento alternativo conforme a Derecho (cuidadoso) se basa en que el conductor del camión no conocía la elevada embriaguez del ciclista (1,96 por mil). Si hubiese conocido la embriaguez (por ejemplo, si por lo llamativo de su vestimenta hubiese reconocido en el ciclista a la persona embriagada que abandonó la taberna un cuarto de hora antes que él), no habría debido adelantar, ni siquiera a la distancia de 1 a 1,5 metros (105). El caso, y,

(104) Confróntese, sobre ello, mi conferencia (de próxima publicación) «Objektive Erfolgszurechnung und Fahrlässigkeit».

(105) Confróntese RANFT, *NJW*, 84, p. 1428, n. 31, que, sin embargo, no extrae las consecuencias dogmáticas resultantes.

con ello, la discusión originada en torno a él, depende claramente sólo del desconocimiento del camionero respecto a la embriaguez del ciclista. Con el desconocimiento de este factor de riesgo, la problemática de la atribución «objetiva» no habría merecido consideración. En esa medida se muestra, por tanto, la doctrina de la atribución «objetiva» como una doctrina errónea o como una doctrina del error.