

El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo

ANGEL TORIO LOPEZ,

Catedrático de Derecho Penal
Facultad de Derecho (Valladolid)

I. La investigación de la conciencia de la antijuricidad ha sido generalmente referida al ámbito de los delitos dolosos. En este sector, es hoy dominante el criterio de que la responsabilidad penal por la realización dolosa del tipo resulta finalmente excluida si el autor obró con error inevitable de prohibición (1). Por el contrario, no suele destacarse con igual energía que quien previsiblemente realiza la materia de un delito culposo debe ser paralelamente absuelto si no pudo actualizar que realizaba algo prohibido. En el ámbito de los delitos imprudentes, el principio «no hay pena sin culpabilidad» no supone sólo que el autor pueda prever los hechos propios del tipo penal. Reclama también que ese autor pueda elevar la norma prohibitiva a motivo decisivo de su comportamiento. Según Armin Kaufmann es precisamente la culpa el dominio propio del error de prohibición (2). Y Rudolphi indica que la cuestión de la conciencia de la antijuricidad despliega una función más importante que en los delitos dolosos en las infracciones imprudentes (3).

(1) La bibliografía, sobre todo alemana, acerca de la conciencia de la antijuricidad es inabarcable. Importante para el conocimiento de la evolución y los criterios dogmáticos es la profunda monografía de FIGUEROA DÍAS, J., *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 1969 (487 págs.). En la literatura española moderna, vid. CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962; CEREZO MIR, J., *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en Rev. Est. Pen., 1969, pág. 449 y sigs.; TORIO LÓPEZ, A., *El error iuris. Perspectivas materiales y sistemáticas*, en ANUARIO, 1975, págs. 25 y sigs.

(2) V. KAUFMANN, Armin, *Das fahrlässige Delikt*, en Zeitschrift F. Rechtsvergleichung, 1964, págs. 52 y sigs. (cit. por RUDOLPHI, nota siguiente).

(3) V. RUDOLPHI, H.-J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, págs. 173 y sigs.

(4) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz, J. A.), 1955, t. II, págs. 171 y sigs.

Efectivamente, constituiría una flagrante contradicción lógica y jurídica negar la responsabilidad si el autor ha cumplido dolosamente los elementos propios del tipo con error invencible de derecho y, paradójicamente, afirmar esa responsabilidad cuando realiza un delito culposo paralelo, de forma previsible, y evitable, es decir no dolosa, pero con correlativo error invencible de derecho. De no seguir en ambos casos un criterio idéntico, se podría llegar a la contradicción de absolver al mismo autor si extendió un documento inexacto voluntariamente, con la conciencia invencible de que hacía algo permitido, y condenarle por falsificación culposa si por negligencia hizo constar un hecho falso, cuya antijuricidad tampoco hubiera podido conocer de haberse representado su discordancia con la realidad. En una u otra situación —independientemente de la cuestión probatoria, que no viene en consideración aquí— debería negarse la responsabilidad de acuerdo con el principio «no hay pena sin culpabilidad». Pues este principio reclama que la pena criminal no alcance a quien realizó el hecho sin poder elevar la norma jurídica prohibitiva a criterio rector de la acción.

En la moderna literatura penal no se discute que la conciencia (al menos potencial) de la antijuricidad forma parte del delito culposo. Supuesto que en esta clase de infracciones la realización típica debe no ser querida o tomada a su cargo por el autor, constituye una exigencia indeclinable que pueda reconocerla como contradictoria del orden jurídico. En los casos de culpa consciente, conocida la posibilidad de causar el resultado, debe, pues, representarse o poderse representar además que se encuentra jurídicamente prohibido. En los de culpa inconsciente, a la previsibilidad de la realización fáctica, debe conectarse también la previsibilidad de la prohibición. No bastará por ello que el sujeto pueda percatarse de las propiedades de la acción que la caracterizan como peligrosa —por ejemplo, del exceso de velocidad en que incurre. Deberá también poder reconocerla como acción prohibida. El error inevitable sobre este extremo excluye la culpabilidad, igual que cuando, en la esfera del suceder fortuito, el autor no puede percibir que la acción causa el resultado o lesiona el bien jurídico protegido.

Este criterio es actualmente compartido por amplios sectores de la doctrina penal extranjera. La profundización de la teoría del delito culposo por los partidarios del sistema finalista ha logrado poner de manifiesto estructuras implícitas que la doctrina tradicional o no advirtió o trató de forma insuficiente.

En la dogmática clásica no se plantea la cuestión de si, como elemento interno de la culpa, debe ser mencionada la conciencia —al menos potencial— de la antijuricidad. Es objeto de consideración el problema paralelo, no totalmente coincidente con el tratado aquí, del destino de las hipótesis en que el autor realiza dolosamente los hechos, pero incurso en error evitable de prohibición. En el **Tratado** de Mezger, en el que la cuestión del error de dere-

cho no es objeto de exposición separada de la del dolo, la posibilidad de que la culpa contenga una referencia a la conciencia de la antijuricidad no es siquiera suscitada (4). Mayor proximidad con esta cuestión presenta el *Lehrbuch* de Liszt-Schmidt, en el cual la culpa se hace consistir en el ausente conocimiento, contrario al deber, tanto del alcance real como del significado jurídico del comportamiento. La culpa no sólo viene en consideración cuando el autor no ha previsto indebidamente el resultado típico, sino cuando no ha tomado en cuenta su dañosidad social. De acuerdo con ello, integran el ámbito de la culpa las hipótesis en que el autor es consciente de los hechos, pero por error admite la presencia de una causa de justificación como la legítima defensa putativa. Forma también parte de la culpa la admisión errónea de una inexistente causa permisiva de la acción, si el autor considera que en la situación concreta la acción se halla cubierta por una causa de justificación, como en el supuesto clásico de la madre que estima legítimo proporcionar habitación en la propia casa a la hija, para que tenga relaciones sexuales con el prometido, estimando falsamente que la acción, en concreto, no se encuentra desaprobada. Por último, pertenecen al sector de la culpa los supuestos en que existe una representación de la dañosidad de la acción, pero mediante un juicio asertórico se llega finalmente a la conclusión de que no se encuentra prohibida (5).

Las posiciones examinadas —por otra parte sin propósito de llevar a último término el análisis— ponen de manifiesto que más que determinar si la culpa reclama internamente, como momento propio, la conciencia, al menos potencial, de la antijuricidad, pretenden explicar la pertenencia a la zona de la culpa de los casos en que los hechos típicos son realizados dolosamente, aunque con desconocimiento evitable de la antijuricidad de la acción.

En la literatura de este período, Hippel no sólo echa las bases del moderno tratamiento del error de prohibición, al estimar compatible el concepto del dolo con la conciencia real y la conciencia potencial de la antijuricidad —como las llamadas teorías de la culpabilidad propondrán algún tiempo después—, sino que destaca también, en lo concerniente al contenido de la culpa, que ésta resulta excluida, pese a la realización previsible de los hechos descritos en el tipo, si el autor se hallaba en error inculpable de Derecho, pues quien no pudo conocer que no estaba permitido hacer algo, tampoco debe ser alcanzado por el reproche de culpabilidad si lo realiza (6).

La profundización de la estructura del delito culposo por la doctrina finalista ha permitido incorporar definitivamente la conciencia de la antijuricidad a las infracciones imprudentes. En este sentido, Welzel afirma que respecto a la culpabilidad o reprocha-

(5) V. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Aufl., 1927, pág. 258.

(6) V. HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 2, 1930, pág. 364.

bilidad rigen en los delitos de imprudencia iguales principios que en los delitos dolosos. De acuerdo con ello, el autor debe poder reconocer como prohibida la previsible causación de la realización típica. Pero destaca, además, de forma especial, que al ser fundamentada la antijuricidad del delito culposo mediante la violación del cuidado objetivo en la ejecución de la acción, la cognoscibilidad de la antijuricidad comprende aquí también la posibilidad de que el autor individual conozca la contradicción de la acción con la norma de cuidado, con referencia a la posible lesión del bien jurídico (7).

Este criterio es hoy dominante en la literatura. Para Jescheck, la culpabilidad implica en el delito culposo un conjunto de exigencias correlativas a las propias del delito doloso. En él equivale también la culpabilidad a la reprochabilidad de la acción con referencia a la actitud espiritual (*Gesinnung*) jurídicamente censurable, evidenciada en ella (7 bis). En este grupo de delitos, es preciso establecer claramente la distinción entre injusto típico y culpa-

(7) V. WEIZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., 1969, pág. 175.

(7 bis) El término *Gesinnung* ha sido traducido por CÓRDOBA RODA, vid MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, I, 1962, pág. 328, como *ánimo* (*Gesinnungsmerkmale* como "características del ánimo"). Igual traducción efectúa GIMBERNAT ORDEIG, E., vid. HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1968, págs. 298 y 233, en la que se habla de "auténticas características del ánimo (*Gesinnungsmerkmale*), esto es: características de una actitud moralmente reprochable, de una cierta permanencia". GONZÁLEZ VICEN, F., propone entender la *Gesinnung* como "contextura moral del individuo". De esta forma se destaca también la necesidad de una permanencia. KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2 Aufl., 1976, pág. 150, recuerda la afirmación de SCHMIDHAUSER de que existen los más diversos conceptos de la *Gesinnung*. Pero indica que "para un auténtico Derecho penal de culpabilidad, según el cual ésta fundamenta un reproche moral y no se refiere sólo a la dañosidad para la colectividad y la peligrosidad del autor, la *Gesinnung* no viene en consideración como disposición del sentimiento o como propiedad del carácter, sino como un concepto ético. En el sentido de la Ética kantiana equivale a buena voluntad (*guter Wille*), como fundamental afirmación de la ley moral. En esta dirección *Gesinnungsschuld* es, en último término, igual que culpabilidad de la voluntad. La tesis de KAUFMANN sobre este elemento es que tal voluntad se refiere a la particular acción. De los diversos conceptos, el relevante para el Derecho penal de culpabilidad es la *Einzeltatgesinnung* (o actitud respecto al hecho aislado) moralmente desaprobada. El problema posee un significado penal importante. Si se concibe la *Gesinnung* como disposición personal que reclama cierta permanencia, identificada la culpabilidad con la *Gesinnung*, se la ha orientado en el sentido de una culpabilidad de disposición o de una culpabilidad por el carácter. Por el contrario, si se la hace consistir en una referencia al hecho aislado, entonces se la orienta en el sentido de la culpabilidad por el hecho. La consideración de la culpabilidad como *actitud jurídicamente desaprobada (reprochable)*, con relación a la acción anti-jurídica, nos parece especialmente apta para destacar que más que un dato psíquico efectivo —que está por definición ausente en la culpa inconsciente—, el objeto del reproche radica precisamente en la actitud espiritual —por ello referida al valor— del autor, y no en la presencia de hechos psíquicos (representaciones y voliciones) positivos.

bilidad, y tener presente que los elementos propios de ésta deben ser verificados en el proceso, lo que con frecuencia es pasado por alto. En tal sentido, además de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del autor y también de la antijuricidad o, en su caso, la evitabilidad del error de prohibición. Es éste un elemento autónomo, diferente de la previsibilidad personal de los hechos propios del tipo. El sujeto ha de conocer el deber de cuidado reclamado en la situación concreta, como verdadero deber jurídico, es decir, no sólo como deber de cortesía, o como precepto dimanante de los usos o del decoro social. Si el autor no ha tenido conciencia (culpa inconsciente) del deber de cuidado, debe ser acreditado que hubiera podido reconocerlo personalmente como verdadero deber jurídico, además de poderse percatar, en el delito culposo de resultado, de que la causación de éste se encontraba desaprobada por el ordenamiento. Ejemplificativamente, indica Jescheck que en algunos sectores, como la producción de peligros en el tráfico automovilístico, puede faltar la conciencia actual de la antijuricidad, pues muchos ven en tales conductas menos un injusto que la exteriorización de un particular temple deportivo. Al margen de este discutible ejemplo, afirma que para el reproche de culpabilidad es bastante la conciencia potencial de lo injusto y que, en la medida de la pena, el error de prohibición será generalmente considerado de forma menos severa que la conciencia real o actual de la antijuricidad (8). En igual dirección se orienta el criterio de Wessels. Los problemas concernientes a la capacidad de culpabilidad y a la conciencia de la antijuricidad han de ser resueltos, a su juicio, en el delito culposo de forma paralela al delito doloso. En particular, el reproche de culpabilidad se funda en esta clase de delitos en la verificación de que el sujeto, conforme a su capacidad personal y la medida de su poder individual, estaba en situación de dar cumplimiento al deber objetivo de cuidado y a las exigencias que procedían de él (9). Para Mezger-Blei ha de actuar el sujeto en los delitos de imprudencia con conocimiento potencial de la antijuricidad (10). Cramer también reclama que en ellos se exija la conciencia, real o potencial, de la prohibición. El error puede referirse particularmente aquí a si determinados preceptos o prohibiciones son genuinos deberes jurídicos o meros deberes de cortesía (11). Y para no dilatar más la información, Maurach-Gössel, después de destacar la necesidad de que el autor pueda reconocer en la culpa la contradicción de la acción con el ordenamiento jurídico, en lo cual radica el objeto de la conciencia de la antiju-

(8) V. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. T., A Aufl., 1978, pág. 481.

(9) V. WESSELS, J., *Strafrecht*, Allg. T., 6 Aufl., 1976, pág. 113.

(10) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allg. T., 14 Aufl., 1970, pág. 221; coincidente, BLEI, H., *Strafrecht*, I, Allg. T., 16 Aufl., 1975, pág. 267.

(11) SCHONKE - SCHRODER - CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 19 Aufl., 1978, parág. 15, 191, pág. 251.

ricidad, ponen de relieve algunas cuestiones particulares que suscita en los delitos imprudentes el problema de la culpabilidad. En primer término, ha de preexistir la previsibilidad de la realización típica, para que la cuestión de la conciencia de la antijuricidad, ponen de relieve algunas cuestiones particulares que suscita en los delitos imprudentes el problema de la culpabilidad. En primer término, ha de preexistir la previsibilidad de la realización típica, para que la cuestión de la conciencia de la antijuricidad puede ser planteada. El que no puede conocer que con la ejecución del acto causa el resultado, mal podrá representárselo como permitido o prohibido. Una vez presente esta exigencia, estará acreditada la conciencia de la antijuricidad no sólo cuando en la culpa consciente el autor tuvo representación actual de la prohibición, sino también cuando en cualquier hipótesis de culpa, pudo conocer con el debido esfuerzo de conciencia la prohibición de la realización típica por el orden jurídico. Según Maurach-Gössel no se exige aquí el conocimiento —o la cognoscibilidad— exactos de los elementos particulares de la norma. Es suficiente, por el contrario, que la acción, en su conjunto, haya sido considerada prohibida o que, excepcionalmente, no haya sido estimada como permitida. Especialmente, falta también la conciencia de la antijuricidad cuando la acción es reconocida como prohibida, pero con error inevitable se admite que el comportamiento está excepcionalmente cubierto por una causa de justificación (12).

En la literatura penal española la cuestión de si la conciencia de la antijuricidad es también parte integrante de la culpa ha sido suscitada por Córdoba Roda, con referencia a la exégesis del elemento «voluntariedad» que contiene la definición de delito del artículo 1 de los sucesivos Códigos penales, o sea, como cuestión interpretativa especial (13).

II. El tratamiento del problema, como ha sugerido lo expuesto, hace preciso tomar posición en favor de uno de los sistemas dogmáticos —clásico o finalista— que acerca de los delitos culposos propone la doctrina penal contemporánea. Esta necesidad obedece a que el objeto de la conciencia de la antijuricidad es la contradicción de la realización típica —o como acostumbra a decirse, del tipo— con el ordenamiento jurídico. Y por realización típica entienden los sistemas mencionados cosas no coincidentes.

En el sistema clásico del Derecho penal, los delitos culposos reclaman sólo, como elemento constitutivo del tipo, un suceso o resultado externo reconducible a una acción previa cualquiera, no precisada de particular conformación. La tipicidad del delito culposo consiste —y se agota— en la causación del resultado —o como también es usual decir— en la lesión del bien jurídico pro-

(12) V. MAURACH-GOSSEL, *Strafrecht*, Allg. T., Tbd. 2, 5 Aufl., 1978, págs. 116 y sigs.

(13) V. CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuricidad*, cit., pág. 130; el mismo, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, pág. 24.

tegido, con independencia de la naturaleza jurídica de la acción determinante de su aparición. De toda —y de cualquier acción— que condiciona la muerte de un hombre puede afirmarse la tipicidad. Es ésta elemento común al delito culposo y al doloso, que opera antes de la culpabilidad, es decir, del dolo y de la culpa como formas suyas.

De acuerdo con ello, la conciencia de la antijuricidad, según tal construcción, una vez establecida la previsibilidad del resultado, tendría únicamente por objeto la contradicción entre la norma prohibitiva y su causación. En tal sentido, bastaría que el autor pudiera, por ejemplo, representarse la prohibición del homicidio, supuesta la previsibilidad de la muerte en la situación concreta.

La concepción causal, clásica, de la tipicidad retrocede progresivamente en la dogmática contemporánea ante el sistema de la dirección final. Por otra parte, la teoría del fin de protección de la norma (*Schutzzweckstheorie*) contribuye también al desplazamiento ostensible de la construcción causal de los delitos imprudentes, que en la literatura germánica puede estimarse abandonada (14).

Para la teoría finalista, la tipicidad no consiste sólo —ni se agota— en el delito imprudente en la causación del resultado. Este ha de ser determinado por una acción particular, singular, o específica. No cualquier acción es suficiente para la concreción de la tipicidad en esta clase de delitos. De forma paralela a la que se propone respecto al delito doloso, en el que el dolo, como desvalor de acción, despliega su función no en la culpabilidad, sino en el tipo de lo injusto, en los delitos imprudentes es necesario que el resultado desaprobado, típico, sea consecuencia de una acción desaprobada o típica. De la misma forma que en el delito doloso, el desvalor de acción debe también en el delito culposo ser determinante del desvalor del resultado.

Desvalorizada jurídicamente se encuentra sólo la acción que infringe el deber objetivo-general de cuidado que rige su realización. En la ejecución de la acción, exige el ordenamiento jurídico que se observe una medida general de cuidado, a fin de evitar la lesión de los bienes jurídicos. La acción coincidente con el cuidado jurídicamente debido no está prohibida. Es, en consecuencia, atípica. La que, por el contrario, infringe el deber impersonal de cuidado es

(14) Vid., en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, los estudios de GALLAS, W., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffis*, págs. 155 y sigs.; TRIFFTERER, O., *Die "objektive Voraussehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs) —unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, págs. 201 y sigs.—. La teoría del fin de la norma gana terreno progresivamente frente al finalismo. De acuerdo con ella la acción típica es aquélla que, en la situación concreta, origina o intensifica el peligro objetivo para el bien jurídico, contrario al fin de la norma. La producción del resultado mediante acciones no peligrosas es, en consecuencia, atípica. Este punto de vista es tenido en cuenta en el presente estudio.

una acción defectuosa, antinormativa o típica. En la literatura española el módulo jurídico rector de la acción suele designarse como deber objetivo de cuidado, diligencia objetiva, riesgo permitido, en la situación concreta. La acción discrepante es antinormativa o típica. La acción coincidente con el deber jurídico rector es conforme a Derecho y atípica.

Esta precisión permite recordar —sólo a los fines de la lógica interna del estudio— la estructura que en el «nuevo sistema» presentan los delitos culposos:

A) La tipicidad de la acción consiste en la infracción del deber objetivo de cuidado, determinante de la producción del resultado típico (previsibilidad general objetiva de la realización típica).

B) La antijuricidad, consistente en la ausencia de causas de justificación.

C) La culpabilidad implica, fundamentalmente, los siguientes elementos:

a) Imputabilidad del autor. Este elemento plantea especiales problemas en el delito culposo, donde la fatiga laboral o la falta personal de perspicacia puede estar en relación con la producción del suceso.

b) La previsibilidad individual del peligro que la acción introduce o intensifica en la situación concreta y del resultado por ella determinado.

c) La cognoscibilidad de la contradicción de la ejecución de la acción y, además, de la causación del resultado con el ordenamiento jurídico.

d) La ausencia de particulares causas de inculpabilidad (por ejemplo, la inexistencia de miedo insuperable, motivador de la acción) (15).

Esta estructura y la tradicional presentan diferencias apreciables, a las que se ha aludido con anterioridad. La exigencia, como elemento interno al tipo, de la infracción del deber objetivo de cuidado determina una orientación diversa de numerosas cuestiones del delito culposo, entre las que se halla la relativa a la conciencia de la antijuricidad. En otro trabajo, hemos mostrado preferencia por la construcción dogmática neoclásica de los delitos imprudentes (Hippel, Mezger, entre otros) (16). En éste, por el contrario, se

(15) V. MAURACH-GOSSEL, cit., págs. 115 y sigs.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, All. T., I (*Die Straftat*) 2 Auf., núm. 1.123 y sigs.

(16) V. TORIO LÓPEZ, A., *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, en ANUARIO, 1974, págs. 25 y sigs. Procede destacar que materialmente la inclusión del deber objetivo de cuidado en la culpabilidad no modifica las conclusiones que se sostienen en el trabajo. Pues el deber subjetivo personal de cuidado ha de poderse referir al deber objetivo impersonal de cuidado, incluso si éste no es incluido, sistemáticamente, en la culpabilidad. La tesis que se sostiene en este estudio sólo es incompatible con la concepción clásica, originaria, del tipo y de la culpa: el tipo se agota en la causación del resultado; la culpa, en la previsibilidad y evitabilidad de la causación típica. Entonces, el deber ob-

opera con un esquema que presenta una doble peculiaridad. En primer lugar, se adopta el criterio de considerar la infracción de la diligencia objetiva como momento propio del tipo —no ya de la culpabilidad— de los delitos imprudentes. En ellos na de estar presente un peculiar desvalor de acción típico, determinante de la lesión del bien jurídico protegido, es decir, de la aparición del desvalor de resultado. En segundo término, la infracción del deber objetivo de cuidado es entendida a la luz de la doctrina del fin de protección de la norma, que obtiene creciente difusión en la literatura. El deber objetivo de cuidado está jurídicamente preestablecido para impedir la originación, incremento o intensificación del peligro para el bien jurídico protegido. En el deber objetivo de cuidado es posible, pues, distinguir dos planos diferentes. Por un lado, un sustrato material, consistente en la creación o aumento de un peligro para el bien jurídico protegido. Por otra, la desaprobación de este sustrato por la norma de Derecho. El deber objetivo de cuidado es, en consecuencia, una noción compleja, cuya unidad está constituida por momentos fácticos (descriptivos) y normativos (valorativos). De acuerdo con esto el análisis jurídico permite distinguir entre materia de la valoración —la acción que origina o intensifica el peligro— y valoración de la materia, o sea, su desaprobación por el ordenamiento jurídico. En lo que sigue, es tomada en cuenta esta distinción para referir a ella el tratamiento de los problemas de la previsibilidad subjetiva y de la conciencia de la antijuricidad en este grupo de delitos.

III. Según indicaba Hälschner, la prohibición de toda acción peligrosa conduciría a la sociedad a un alto grado de paralización. El Derecho tolera un determinado grado de riesgo. Prohíbe, por el contrario, las acciones que según un juicio objetivo aportan un coeficiente de peligro estimado socialmente intolerable. La conducción de automóviles y la práctica quirúrgica son sectores en que se ejecutan acciones peligrosas, aunque permitidas. Únicamente la acción particular que sobrepasa la medida de riesgo socialmente aprobado está sometida a prohibición, es decir, ha de entenderse contraria al deber objetivo de cuidado. En consecuencia, en el delito culposo la acción precisa ser caracterizada como objetivamente peligrosa, en virtud del correspondiente juicio de prognosis (previsibilidad objetiva). Únicamente aparece prohibida la acción que origina o incrementa un peligro jurídicamente desaprobado. La acción que mantiene el nivel de riesgo permitido o es conforme al deber objetivo de cuidado, si causa la lesión del bien jurídico, es atípica (17).

jetivo de cuidado, al no formar parte del delito, no puede constituir el objeto, en ninguno de los planos que lo integran, de la previsibilidad individual.

(17) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 75 y sigs.; ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal, Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes* (Traducción de Luzón Peña, D. M.), 1976, págs. 149 y sigs.

El carácter peligroso de la acción está en relación con sus propiedades y con la constelación de circunstancias en que se realiza. El peligro puede depender de sus propiedades intrínsecas —por ejemplo, disparo de armas de fuego— o de las circunstancias concomitantes —por ejemplo, conducción de vehículos de motor a velocidad que sólo cabe estimar excesiva, o peligrosa, por el estado de la calzada. El juicio de prognosis toma en cuenta, pues, las propiedades materiales y las circunstancias concomitantes para determinar el carácter peligroso de la acción. En virtud de este juicio sobre su peligrosidad objetiva queda así acreditada la acción infractora del deber general vigente en la situación concreta.

Ahora bien, en el delito culposo, la culpabilidad postula que el autor, haya podido percatarse de las propiedades o de los factores concomitantes de la acción fundamentadores del peligro, pues una acción objetivamente peligrosa puede subjetivamente no ser reconocible como tal, si el autor desconoce inevitablemente, *ex ante*, las características concretas que se hallan en la base del juicio de peligro. Esto podría suceder si una inyección ha sido sustituida de forma imprevisible para la enfermera, o si el automovilista no puede conocer el estado de la carretera que le obligaría a adoptar precauciones excepcionales (por ejemplo, caso de obstáculos a la circulación, desprendimientos de tierra, etc.). En tales supuestos falta la culpabilidad al no poder imaginar el sujeto el peligro, previamente a que fuera posible o no para él actualizar intelectualmente la producción del resultado. Por el contrario, igual acción realizada por quien tuvo noticia del obstáculo o de la situación de la calzada origina la previsibilidad del peligro, y, por consiguiente, la culpabilidad por el hecho (siempre que el resultado concreto también hubiera podido ser representado). En conclusión, en el delito culposo no es suficiente, como consideraba la doctrina tradicional, para afirmar la culpabilidad, la previsibilidad del resultado típico. Es preciso también que el autor pueda conocer las propiedades materiales o reales, o las circunstancias concomitantes, de la acción predeterminantes del peligro que se concreta, progresivamente, en el resultado lesivo del bien jurídico. El autor ha de ser absuelto por falta de culpabilidad si tales propiedades son inevitablemente ignoradas de la misma forma que se ha de absolver a quien desconoce que manipula un arma cargada, al haber sido determinado invenciblemente a error por el autor (mediato). Únicamente lo que el autor ha previsto —o era para él previsible— puede ser valorado por él como contradictorio con el ordenamiento (18).

IV. El autor ha de poder percatarse de que la acción, en cuanto tal, se halla prohibida, de su contrariedad al deber, es decir, de su antinormatividad. La previsibilidad del peligro originado por la acción deberá hallarse acompañada de la previsibilidad de la

(18) V. MAURACH-GOSSEL, *cit.*, pág. 116.

prohibición de su realización. A la cognoscibilidad del objeto de la prohibición debe poder conectarse la de la prohibición del objeto. Han de ser, pues, previsibles los diversos planos del deber objetivo de cuidado. En él está comprendida la referencia a una acción no peligrosa (a) que por ello resulta permitida (b). O inversamente, desde la perspectiva de la infracción del deber, la exigencia de una acción peligrosa (a) que por ello es antinormativa o contraria al deber (b). Esta unidad presenta, pues, planos diversos, descriptivos y normativos. El plano normativo se encuentra, como se suele indicar al tratar de la antijuricidad, «en un nivel más alto» (19). Como señala Roxin, la antijuricidad más que identificarse con el tipo, es consecuencia de su realización, dentro del tipo general del injusto, constituido no sólo por elementos positivos, sino también por la ausencia de elementos negativos, es decir, de causas de justificación. Internamente a esta concepción, la antijuricidad es consecuencia necesaria de la realización del tipo (20). Paralelamente, en lo que concierne al deber objetivo de cuidado, la realización de la acción peligrosa determina su antinormatividad, o sea, la contrariedad al deber. Es precisamente esta referencia normativa, es decir, la discordancia entre la acción concreta emprendida y el deber objetivo-general de cuidado lo que ha de ser previsible para el autor individual, a fin de que pueda serle reprochada su ejecución. En el delito culposo, la culpabilidad supone —aparte la cognoscibilidad de la norma prohibitiva del resultado— una actitud contraria a la norma de cuidado. Empleamos el término *actitud* para destacar la suficiencia de la culpa inconsciente, en la que no están presentes momentos anímicos positivos, como la representación actual de la norma de deber, ni menos la voluntad contraria a la norma del deber. Esta «actitud» puede consistir tanto en la previsión como en la simple previsibilidad de la contradicción de la acción con la norma de deber. De exigirse una conciencia actual de la contradicción de la acción con la norma de deber, la simple previsibilidad de esta contradicción resultaría impune. Sin embargo, la culpabilidad exige sólo en el delito culposo, desde la perspectiva ahora adoptada, la conciencia potencial de la antinormatividad de la acción. Por tanto, para la fundamentación de la culpabilidad no se precisa la *culpa consciente*, donde el autor se representa realmente la infracción de la norma de cuidado. Es suficiente, por el contrario, la posibilidad de que la infracción sea conocida, o lo que es igual, la conciencia potencial de la antijuricidad. El error evitable de derecho —o mejor, el error evitable sobre la existencia y la vinculatoriedad del deber— basta para afirmar la culpabilidad, presupuestos los demás elementos constitutivos del delito culposo. El sujeto actuará, por el contrario, sin culpabilidad, cuando habien-

(19) V. MEZGER, E., *loc. cit.*, I, pág. 373.

(20) V. ROXIN, C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1970, págs. 40 y sigs., 175 y sigs. y 187.

do realizado el exigible esfuerzo de conciencia no logró, sin embargo, percatarse de la cualidad de prohibida de su conducta (21).

V. Las hipótesis en que puede surgir un error inevitable de prohibición muestran un paralelismo formal con las modalidades que ofrece éste en la teoría general. Lo que sigue se remite en lo preciso a ésta, reduciendo la exposición a las particularidades propias de la cuestión investigada.

a) Error directo de prohibición. El autor obra sin representación actual ni potencial del deber objetivo de cuidado. En el sentido del artículo 340 bis d) del C. p., por ej., terceras personas han procedido a sustituir la señal de «stop» por otra de prioridad de paso en el cruce de una carretera general. De esta forma se determina la falsa representación de que simultáneamente los posibles usuarios están asistidos por un derecho preferente. Aquel acto delictivo no modifica, sin embargo, la vigencia real de la norma de cuidado, de no admitirse que el acto administrativo que establece la señal de tráfico fue dejado sin efecto por tal obrar antijurídico (21 bis). La prosecución de la marcha objetivamente infringe el deber de cuidado en la situación concreta. No falta aquí tampoco la representación de las propiedades de la acción, tales como velocidad a que se conduce, circulación por cruce de calzada, etc. El elemento decisivo de la hipótesis se encuentra en el error inevitable sobre el deber de detención, no cognoscible en virtud de la alteración de la señalización por terceras personas. El autor no puede conocer en la situación concreta la contradicción entre la acción ejecutada y la norma de cuidado. Obra, pues, sin culpabilidad por no ser posible para él actualizar el deber general de detención. Incluso si la previsibilidad del suceso real no pudiera negarse, ni tampoco la obvia cognoscibilidad de la norma prohibitiva del homicidio, las lesiones o los daños determinados por el accidente, la falta de posibilidad de percatarse de que la continuación de la marcha se hallaba prohibida, origina la ausencia de reprochabilidad y debe determinar la absolución.

Los ejemplos podrían multiplicarse. En el ámbito de los deberes vinculantes en la actividad industrial, para verificar la culpabilidad, ha de examinarse si la diligencia jurídicamente debida era cognoscible para el sujeto.

En consideración vienen aquí disposiciones en materia de prevención de accidentes en la industria, sobre ejecución de obras, etc. Por supuesto que ha de quedar a salvo la distinción entre *ignorantia legis*, inessential, según lo dispuesto en el artículo 6,1, del Código

(21) En consecuencia no precisa el delito culposo una "voluntad contraria a la norma de cuidado" como decisión antinormativa real, pues entonces no sería punible la culpa inconsciente, en el sentido del texto. En contra, CÓRDOBA RODA, *Comentarios, cit.*, págs. 25 y sigs.

(21 bis) V., sobre la naturaleza jurídico administrativa de la señalización del tráfico, STERN, K., *Die Bindungswirkung von Verkehrszeichen im Ordnungswidrigkeitsverfahren*, en *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, 1976, págs. 859 y sigs.

civil y *error iuris* relevante, en orden a la exclusión de la reprochabilidad en Derecho penal. Independientemente de la cuestión accidental de si el autor conocía o no una disposición legal, actuará sin culpabilidad si de ninguna forma pudo reconocer su actividad como jurídicamente prohibida. La pregunta decisiva es aquí también si el autor pudo efectuar desde su esfera de profano una valoración paralela a la de la ley (22).

b) El autor puede reconocer la vigencia de la norma de cuidado y, sin embargo, incurrir en error inevitable de prohibición si admite la vinculatoriedad en la situación concreta de una contranorma que autorice la ejecución de la acción. En la doctrina general sobre la materia se utiliza la designación error indirecto de prohibición para aludir a estos supuestos. El conductor del automóvil conoce el deber de reducir la velocidad en la situación concreta. Pero considera vinculante la orden de un superior jerárquico, en el sentido de la obediencia debida del artículo 8, eximente 12, del Código penal, que al estar dictada al margen de la función oficial no puede actuar como causa de justificación. El error inevitable sobre la obligatoriedad de la orden, es decir, sobre la existencia de una contranorma puede caracterizarse como error indirecto de prohibición, fundamentador de la ausencia de reprochabilidad por la realización de la acción contraria al deber objetivo de cuidado.

La cuestión del consentimiento de la víctima en el área del delito culposo, principalmente con referencia al tráfico automovilístico, ha dado lugar a numerosos problemas. En general se estima que en los casos de lesiones u homicidio, el consentimiento previo de la víctima en la acción peligrosa no opera como causa de justificación (23). Pueden ser mencionados aquí peticiones de aumento de la velocidad, de realización de adelantamientos contrarios al deber de cuidado, etcétera. En el caso de que el conductor considere con error inevitable que el consentimiento hace permisible la acción, desplazando en la situación concreta a la regla de cuidado, el error puede originar la exclusión de la reprochabilidad. Naturalmente que este efecto depende de un enjuiciamiento absolutamente individualizador de tal situación concreta. Pero, en supuestos especiales no cabe negar apriorísticamente la posibilidad de una falta de culpabilidad por motivos como el ejemplificado.

VI. La exposición anterior ha considerado ante todo la necesidad de que el autor pueda percatarse de la prohibición de la acción como momento propio de los delitos imprudentes. En ellos es preciso también la conciencia potencial de la norma prohibitiva del resultado como exigencia del principio «no hay pena sin culpabilidad». La contradicción entre la total realización típica y el

(22) V. MEZGER, E., *loc. cit.*, II, pág. 143.

(23) V. GEPPELT, K., *Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr?*, en ZStW, 83, 1971, 947 y sigs.

ordenamiento jurídico ha de poder ser actualizada en la conciencia del autor. Únicamente entonces la culpabilidad habrá sido incorporada como presupuesto de la pena a este grupo de infracciones punibles. Solamente entonces habrá sido corregida la práctica que prescinde de la previsibilidad personal o individual de la realización típica y de su contradicción con el ordenamiento jurídico, sin distanciar los delitos culposos del área de la responsabilidad objetiva. Independientemente de las alternativas sistemáticas que este grupo de delitos ofrece en la dogmática contemporánea sólo si la conciencia de la antijuricidad es afirmada entre sus elementos constitutivos podrá sostenerse también que la jurisprudencia ha reconocido en este sector al principio de culpabilidad.