

La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo

Por JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR
Universidad de Granada

I. El modelo del delito culposo no difiere sustancialmente del correspondiente al delito doloso, pues, tal como afirma la doctrina dominante, ambos constituyen acciones típicamente antijurídicas y culpables. No obstante, debe aclararse, en primer término, que el sistema dogmático del delito culposo es independiente del sistema de «*numerus clausus*» o «*numerus apertus*» que se siga para su punición ya que, en definitiva, se siga uno u otro sistema, actuará culposamente el que omita la diligencia debida (1); y debe precisarse también, en segundo término, que aunque existe acuerdo sobre el concepto mismo del delito imprudente, sobre lo que no hay acuerdo es en cuanto al sistema dogmático para su desarrollo.

A) La doctrina tradicional —que, en lo que se refiere a la construcción dogmática del delito culposo, puede considerarse hoy abandonada en Alemania— partió de una concepción causal del injusto según la cual el resultado causalmente unido a la acción era típicamente antijurídico a no ser que concurriera una causa de justificación; la teoría tradicional consideró a la culpa, por consiguiente, como una forma de culpabilidad que podía afirmarse desde el mismo momento en que el resultado no justificado fuera previsible y evitable (2).

B) La teoría alternativa parte de una concepción personal del injusto, según la cual la adecuación típica en el delito culposo requiere la comprobación de la infracción de un deber de cuidado, lo que permite diferenciar el disvalor de acción (que lo constituye la infracción del deber de cuidado) y el disvalor del resultado

(1) Por todos vid.: JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Barcelona, 1981. Vol. II. Págs. 776 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «Derecho Penal español». Parte General. Madrid, 1981. Pág. 457.

(2) Críticamente sobre esta construcción, con amplitud, vid.: TORO LÓPEZ, Angel. «El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1980. Págs. 85 y ss. Recientemente, también, FERRER SAMA, Antonio, «Los grados de la culpabilidad en la legislación española». Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1983. En especial, págs. 10, 14 y 27.

(consistente en la lesión del bien jurídico). Esta teoría, en el marco de la culpabilidad, no ofrece diferencias fundamentales respecto de la estructura de la culpabilidad en el delito doloso —salvo que *eventualmente* haya que exigir la infracción de un deber subjetivo (individual) de cuidado (3).

C) La teoría que aquí hemos llamado «alternativa» no deja de ofrecer dudas sobre algunos extremos de su estructura interna. En primer lugar, la posición del resultado en los delitos culposos no es ni mucho menos pacífica. Mientras para algunos autores, arrancando de Welzel, el resultado es una categoría de la punibilidad ajena al tipo de injusto (4), para otro sector doctrinal el resultado es un elemento integrante del tipo de injusto (5). En segundo lugar, es polémica la tendencia del finalismo a considerar al tipo del delito culposo como un tipo abierto (6). En tercer lugar,

(3) En la dogmática alemana, por todos, vid.: JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 821 y ss. Con relación a la dogmática española, dónde se incorpora progresivamente el punto de vista dominante en la dogmática alemana, vid. la referencia bibliográfica contenida en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Madrid, 1979. Págs. 126 y 127, nota 39.

(4) Vid.: WELZEL, Hans, «Derecho Penal alemán». 2.ª ed. castellana a la traducción de la 11.ª ed. alemana. Santiago de Chile 1976. Págs. 192 y ss. KAUFMANN, Armin, «Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna». Buenos Aires, 1977. En especial, págs. 139 y ss. ZIELINSKI, Diethart, «Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff», Berlín, 1973. HORN, Eckhard, «Konkrete Gefährungsdelikte». Kohn, 1977. BACIGALUPO, Enrique, «Lineamientos de la teoría del delito». Buenos Aires, 1974. Págs. 139 a 141. MIR PUIG, Santiago, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho». Barcelona, 1979. Págs. 48 y ss. La postura se defiende, no obstante, desde un doble punto de vista: para algunos autores, en el delito culposo, en cuanto la voluntad del sujeto no se dirige —a diferencia de lo que ocurre en el delito doloso— a la producción del resultado, éste será algo ajeno al tipo de injusto; otro sector doctrinal va más allá y, apoyándose en las leyes que rigen la motivación por las normas, considera que las normas mandan o prohíben acciones —¡no resultados!—, por lo que la materia de prohibición sólo puede ser una acción y, por consiguiente, el resultado será ajeno al tipo de injusto, tanto en los delitos dolosos como en los delitos culposos.

(5) En este sentido: STRATENWERTH, Günter «Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible». Madrid, 1982. Núms. 1.140 y ss. JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 802 y ss. La doctrina española dominante es de esta opinión. Por todos: NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, «El delito culposo». Salamanca, 1975. Pág. 45, notas 181 y 182. GUALLART Y DE VIALA, Alfonso, «La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho Penal español». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979. Páginas 617 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «El resultado en la teoría jurídica del delito». En «Temas de Derecho Penal». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1977. Págs. 16 y ss.

(6) En su acepción clásica, tipo cerrado es el que describe con precisión y totalmente la conducta prohibida por la norma —constatándose la antijuridicidad por el procedimiento negativo de comprobar la no concurrencia en el caso concreto de causas de justificación. En esta misma acepción, tipo abierto es aquel en el que la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción exhaustiva (la realización del tipo no podrá indicar la antijuridicidad del comportamiento), de forma que la antijuri-

también se discute hoy que el deber de cuidado tenga dos vertientes que deban ser referidas *necesariamente* a dos elementos distintos del delito culposo: la infracción del deber objetivo de cuidado —que deba referirse al tipo de injusto, y la infracción del deber individual (o subjetivo) de cuidado —que deba referirse a la culpabilidad. Sobre este extremo profundizaremos más adelante. En cuarto lugar, también presenta problemas la introducción de nuevos criterios y principios que permiten una mejor aprehensión del delito imprudente: la conexión de antijuridicidad, el fin o ámbito de protección de la norma, el tema de la imputación objetiva —en definitiva; el principio de confianza, el principio de defensa, el principio de conducción dirigida o seguridad en la conducción, entre otros, sustituyen a los temas de causalidad a los que tradicionalmente acudían la teoría y la práctica para limitar la responsabilidad en la imprudencia dentro del marco de la teoría del injusto causal (7).

D) A pesar de ello, resulta necesario como punto de partida para cualquier análisis del delito culposo, optar por uno de los dos sistemas que han sido expuestos: nuestra opción, en líneas generales, por el sistema que aquí hemos llamado «alternativo», puede fundamentarse en los siguientes argumentos. En primer lugar, el criterio fundamental de la elección viene dado por la mayor economía del segundo paradigma respecto del primero, ya

dicidad debe ser constatada positivamente por el Juez mediante la comprobación de la ausencia de causas de justificación y de la presencia de los llamados «elementos del deber jurídico». Consideraba también WELZEL tipos abiertos a los culposos en base a la afirmación de que el tipo se cumple con la causación del resultado previsto por la ley penal, debiendo el Juez, en el área de la antijuridicidad, investigar negativamente la no concurrencia de causas de justificación y, positivamente, la constatación de la infracción del deber de cuidado (cfr. con más amplitud: ROXIN, Claus, «Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico». Buenos Aires, 1979. Págs. 18 y ss.). Hoy este planteamiento no goza del apoyo de la doctrina dominante —ni fue tan siquiera seguido por WELZEL (ob. cit., página 19, nota 54). Ambos, no obstante, siguen considerando al tipo del delito culposo como un tipo abierto, pero, natural y lógicamente, en una variante de la concepción citada, según la cual estamos ante un tipo abierto cuando la conducta prohibida no está caracterizada de forma exhaustiva en el tipo, lo que obliga —dentro del ámbito de propio tipo— a hacer una investigación complementaria con relación a todo el Ordenamiento Jurídico. El tipo del delito culposo prohíbe solamente *acciones* en cuanto lesionen una norma que imponga un deber de cuidado: pero la definición del elemento «infracción del deber de cuidado —que determina la tipicidad del comportamiento— debe ser hecha por el Juez con pautas que provienen del total ordenamiento jurídico.

(7) Básica la obra de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad». Madrid, 1966. Cfr. también: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Causalidad o imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto (Comentario a la Sentencia T. S. 20-5-1981)». Páginas 78 y ss. TORIO LÓPEZ, Angel, «El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo». Cit., pág. 85. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Consideraciones críticas en torno a la Jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico». Revista de Derecho de la Circulación. Julio-agosto 1981. Páginas 341 y ss.

que aquél permite eliminar en la primera fase de aplicación del Derecho (fase de la conminación típica o de descripción de la conducta prohibida por la norma) las conductas que son penalmente irrelevantes (8). En segundo lugar, el paradigma por el que optamos ofrece una serie de dificultades que lo son también en el paradigma que rechazamos: por ejemplo, el tema de los tipos abiertos planteará problemas en la culpabilidad al primer paradigma y en el tipo al segundo paradigma, pero el problema existirá de todos modos ya que allí donde esté como requisito la infracción de un deber de cuidado —que, como veremos, hoy es común a ambos sistemas del hecho punible culposo— éste deberá ser determinado por el Juez en relación a una determinada situación de hecho. En tercer lugar, un último argumento se refiere al valor teórico de la construcción: la segunda teoría facilitará un desarrollo dogmático de la teoría jurídica del hecho punible culposo más en consonancia con la reciente evolución de la teoría del injusto y con aquella teoría de la pena que exige el estado actual de las relaciones entre la dogmática y la política criminal (9).

(8) Entiendo la expresión *paradigma* en el sentido de «realización científica universalmente reconocida que durante cierto tiempo, proporciona modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica». Cfr. KUHN, Thomas S., «La estructura de las revoluciones científicas». Madrid, 1979. Página 13. En este sentido, paradigmas son tanto el sistema causalista como el sistema finalista. Ambos han elaborado instrumentos conceptuales que permiten una aplicación racional y segura del Derecho Penal —y ésta es la función de la dogmática— a los casos que son juzgados en la práctica judicial.

(9) Con carácter general sobre este planteamiento, vid.: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Conveniencia política criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional —*Societas delinquere non potest*». Cuadernos de Política Criminal. Núm. 11. Págs. 67 y ss. Se parte aquí de la tesis según la cual en tanto el concepto de delito marca los límites de lo punible, y qué deba ser o no punible es algo que depende fundamentalmente de la teoría de la pena que se profese, la teoría de la pena condiciona la teoría del delito: *a concepciones distintas de la pena deben corresponder, lógicamente, conceptos distintos del delito*. Vid. MIR PUIG, Santiago, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho». Barcelona, 1979. Págs. 11 y 27 y ss. A este mismo planteamiento hice ya referencia en mi recensión a la obra de Armin KAUFMANN, «Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna». Buenos Aires, 1977, publicada en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1978, páginas 812 y ss. A las conclusiones que en la misma se sostenían —que provienen de un planteamiento más general desarrollado por TOPISCH en la Introducción a la obra de Hans Kelsen, «Aufsätze zur Ideologiekritik», 1946, págs. 26 y ss.— se ha objetado por CUELLO CONTRERAS (recensión a la misma obra de KAUFMANN, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1982, páginas 533 y ss.) que pondrían incorrectamente en relación la teoría de las normas con la teoría de los fines de la pena. La crítica, a mi entender, es falsa en cuanto desconoce un hecho incontrovertible de la historia de la dogmática, como es la relación que existe entre las variaciones de las teorías de los fines de la pena y las teorías de las normas que sirven de base técnica para la construcción de unas teorías jurídicas del delito que, a su vez no son sino el reflejo de unas determinadas teorías de los fines de la pena. Sólo considerando que la teoría de la pena condiciona el concepto mismo del hecho punible (basado en una determinada teoría de la norma) puede entenderse que

II. En cuanto a la estructura del sistema dogmático del delito culposo —entrando así ya en el marco del paradigma elegido— debe hacerse, ante todo, la siguiente precisión: la diferencia fundamental entre el delito doloso y el culposo no está en el concepto de acción —común para ambos— sino en la estructura del tipo penal. El tipo penal del delito doloso exige distinguir entre el tipo objetivo (descripción objetiva de la conducta prohibida por la norma) y el tipo subjetivo (dónde se inserta el dolo que implica saber y querer la vertiente objetiva del tipo). En cualquier caso debe existir coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y el resultado prohibido (o la dirección final prohibida). Pues bien, en la medida en que en el delito culposo no hay coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y la dirección final prohibida (o el resultado prohibido), no tiene sentido distinguir entre tipo objetivo y tipo subjetivo (10). Sin embargo, en el área del delito culposo y la adecuación típica con relación al mismo, si alcanza plena relevancia, por el contrario, la distinción entre el disvalor de acción y el disvalor del resultado (11).

mientras MEZGER y Eb. SCHMIDT reformularan la teoría de las normas proponiendo distinguir entre norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación (defendiendo a la vez una concepción fuertemente preventivo-especial de la pena), otros autores (como HANS WELZEL o ARMIN KAUFMANN) partidarios, en el fondo, de una teoría absoluta de la pena, hayan vuelto «mutatis mutandis» a la teoría de los imperativos.

(10) Distinguen, no obstante, entre tipo objetivo y tipo subjetivo en el delito culposo: ZAFFARONI, Eugenio, «Manual de Derecho Penal». Parte General. Buenos Aires, 1977, págs. 368 y ss., quien considera íntegra el tipo subjetivo «la previsibilidad de la producción del resultado»; en contra, con amplitud, entendiendo que dicha previsibilidad (aún en su aspecto subjetivo) supone una relación de *carácter* objetivo referente a las circunstancias del caso, BACIGALUPO, Enrique, «Manual de Derecho Penal». Parte General. Inédita, en prensa. Considerando «núcleo del tipo subjetivo la cognoscibilidad y la previsibilidad *individual*», cfr. MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, «Strafrecht». Allgemeiner Teil. Teilband 2. 5 Auflage. Págs. 93 y ss. La distinción operada por los autores citados tiene, a mi entender, la ventaja de abandonar la concepción *objetiva* de la contrariedad al deber para determinar el marco del injusto típico —de lo prohibido— en el delito culposo; pero, a su vez, podría pensarse que adolece del inconveniente de que, al limitarse el tipo del delito culposo a prohibir la infracción de un deber (objetivo e individual) de cuidado, la distinción entre tipo objetivo (infracción del deber objetivo de cuidado) y tipo subjetivo (falta de la diligencia subjetivamente exigible al sujeto en base a sus conocimientos y capacidades), lleva al ámbito del delito culposo una *distinción acuñada y elaborada en un ámbito distinto* (el del delito doloso), sin que exista *ningún paralelismo* entre ambos terrenos y sin que la distinción tenga la misma *estructura y significación dogmática* en uno y otro caso.

(11) Doctrina dominante. Por todos: SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». 2 Auf. 1977. Apéndice al parágrafo 16. En especial, núms. 10 y ss. y 22 y ss. Debe precisarse, no obstante, que la afirmación de RODRÍGUEZ DEVESA «siempre que hay culpa media un error» («Derecho Penal español», cit., pág. 460) ha de matizarse respecto de las hipótesis de culpa en las que no es posible encontrar un error, como es el caso del automovilista que provoca un accidente por haberse dormido y, en

A) En el área del disvalor de acción, y sin que ello suponga prejuzgar ahora sobre el problema de cuál deba ser el papel del resultado en la imprudencia, en opinión de *Stratenwerth* —que sirve para centrar correctamente el tema— la acción típica aparece aquí caracterizada, en primer lugar, porque se lleva a cabo un determinado resultado. Pero este requisito llevaría demasiado lejos si su sola concurrencia justificara la adecuación típica —aunque para la cuestión de la relación de causalidad se siguiera la teoría de la adecuación—. Esto es: el que atraviesa una calle con su automóvil sin disminuir la velocidad en la forma en que ello sería necesario para evitar una colisión en el caso de que alguien no respetara su derecho de prioridad, se arriesga a una colisión, ya que siempre es previsible que alguien no respete nuestro derecho de preferencia. Con este ejemplo se quiere indicar que si en el caso de que se produjera un accidente se pretendiera subsumir a la conducta en el supuesto de hecho típico, se estaría prohibiendo lisa y llanamente el ejercicio del propio derecho de prioridad. Dicho en forma más general: *no toda conducta* que, de acuerdo con la experiencia, es adecuada para la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico, *debe ser prohibida* (12).

Pues bien: si la causalidad y la previsibilidad no son suficientes para caracterizar definitivamente a la acción subsumible bajo el supuesto de hecho típico, habrá que indagar en base a una investigación complementaria qué elementos se requieren además de los expuestos. Si el supuesto de hecho no menciona —sin embargo— otros requisitos fuera de la culpa, es en ella donde deberá encontrarse el elemento al que nos referimos. Y, efectivamente, tras una primera etapa en la que, como se ha dicho, la punición del autor culposo dependió sólo de que la acción hubiera determinado la aparición del resultado típico previsible y evitable (13), surgió la infracción del deber de cuidado «como un elemento del delicto culposo del que ya no es posible prescindir en el campo dogmático» (14). «El tipo de injusto del hecho imprudente no resulta, pues, determinado completamente por la causación de un resultado, por ejemplo, la muerte de un hombre. Además de ello, el resultado debe obedecer a una vulneración de aquellas exigencias

general, en todos los casos en que hay un descuido». Cfr. NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, «El delito culposo». Cit., págs. 30 y 31.

(12) Cfr. STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núms. 1090 y ss.

(13) Vid. con referencias bibliográficas: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Cit., página 126. TORIO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1974. Págs. 25 y ss.

(14) Por todos, en este sentido: TORIO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Cit., págs. 54. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «Derecho Penal español». Cit., pág. 457. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Derecho Penal». Cit., págs. 178 y ss. También se encuentran referencias a la infracción del deber de cuidado en las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo (v. gr. Sentencias de 29 de enero y 2 de febrero de 1983).

de cuidado que el orden jurídico dirige en la situación del hecho al sujeto esmerado y prudente que pertenece el ámbito del tráfico propio del autor, y es preciso que dicho resultado fuera así mismo previsible para una persona de tales características. De ahí que el tipo de los delitos imprudentes deba completarse, trascendiendo a su tenor literal, por medio de valoraciones judiciales adicionales. Esto no encierra infracción alguna del mandato de determinación, ya que la concreción de los deberes de diligencia en continua evolución no es pensable más que por la vía de la praxis judicial y el ciudadano puede informarse más fácilmente al respecto mediante su propia percepción que acerca del contenido de las leyes» (15). Por consiguiente, sin infracción del deber de cuidado —lo que supone, en primer lugar, falta de la diligencia objetivamente debida y, en segundo término, falta de la diligencia subjetivamente posible— no puede existir el *delito* culposo. De esta manera comenzó un largo peregrinar de la infracción del deber de cuidado por la sistemática del hecho punible culposo.

Primeramente se estimó que la infracción del deber de cuidado, en abstracto, constituía un problema de culpabilidad. Posteriormente la dogmática entendió que se debía distinguir entre el deber objetivo de cuidado («que hace referencia a la cautela externa que cabe exigir generalmente en el tráfico» para realizar una acción peligrosa) y el deber subjetivo de cuidado (aquél que pueda exigirse personalmente al autor en base a sus conocimientos y capacidades) —aunque entre los que así piensan no hay, ni mucho menos, unanimidad de pareceres. Mientras la infracción del deber subjetivo de cuidado suele referirse a la culpabilidad —doctrina dominante en la dogmática alemana— la infracción del deber objetivo de cuidado se refiere, bien al tipo de injusto —también doctrina dominante, bien a la justificación. Y no faltan autores que, admitiendo la división del deber de cuidado en dos planos (uno objetivo y otro subjetivo), afirman que ambos pertenecen a la culpabilidad o, desde otro punto de vista, que ambos pertenecen al tipo de injusto (16).

B) Existe actualmente, pues, una polémica *fundamental* consistente en la determinación —a los efectos del tipo de injusto— de si la caracterización de la contrariedad de la conducta al deber de cuidado debe realizarse según criterios únicamente objetivos o en función de la capacidad individual del autor. El punto de vista dominante —«que no debería haber merecido acuerdo» (17)—

(15) Vid.: JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., páginas 778 y 779.

(16) Amplias referencias bibliográficas sobre este panorama doctrinal pueden encontrarse en: TORÍO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Cit., págs. 30 y ss. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Derecho Penal», cit., págs. 178 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho español». Cit., pág. 126. STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., en especial, núm. 1097.

(17) Así, con razón, STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., número 1094.

prefiere, como he dicho, definir la contrariedad de la acción al deber de una forma objetiva. Una acción será contraria al deber desde el momento en que un observador —hombre medio cuidadoso y atento participe en el tráfico social— hubiera podido reconocer la acción como peligrosa para el bien jurídico: la previsibilidad subjetiva es irrelevante en el marco de la adecuación típica y debe tomarse en consideración exclusivamente en el marco de la culpabilidad (18). No obstante, se afirma, si el sujeto tiene «conocimientos especiales, dichos conocimientos deberán ser tenidos en cuenta para el nivel de cuidado exigido en el caso concreto. Pero si el sujeto posee «capacidades» especiales, dichas capacidades no podrán ser tomadas en consideración para la fijación del deber de cuidado en el caso concreto por impedirlo el principio de igualdad ante la ley (19). Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina (20) considera que la contrariedad al deber debe orientarse al conocimiento y capacidades del autor, por lo que una acción será contraria al deber cuando el autor hubiera podido prever la peligrosidad de la conducta con arreglo a sus conocimientos y capacidades. El cirujano excepcional no cumple ante una complicación en el quirófano comportándose como lo haría cualquier cirujano del montón; como el nadador excepcional no cumple ante el salvamento de su esposa nadando como lo haría cualquier veraneante ocasional poco entrenado. No es que el cirujano excepcional o el nadador excepcional estén obligados a realizar un esfuerzo excepcional —se alega en defensa de este punto de vista— el esfuerzo que han de realizar es el normal, pero poniendo en él sus especiales conocimientos y las capacidades de que están dotados (21).

C) Nuevamente aquí resulta necesario optar por una de las dos tesis expuestas. Nuestra opción por la segunda teoría —los límites del injusto típico en el delito culposo los señala la infrac-

(18) Así, JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 811 y ss. WELZEL, Hans, «Derecho Penal alemán». Cit., pág. 187. MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal». Trad. y notas de Derecho español, de Juan Córdoba Roda. Barcelona, 1962. Vol. II. Págs. 228 y 229. Respecto de la repercusión de esta construcción en la dogmática española vid.: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Cit., págs. 126 y 127. También con la doctrina dominante: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Introducción al Derecho Penal». Parte General. Barcelona, 1981. Págs. 136 y ss.

(19) Cfr. WELZEL, Hans, «Derecho Penal alemán». Cit., págs. 188 y ss. MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 229 y ss. JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 778 y ss.

(20) Vid. fundamentalmente: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núm. 1097. JAKOBS, «Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt». 1972. Páginas 64 y ss. SAMSON, «Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch». Cit., apéndice al parágrafo 16, núms. 13 y ss. MIR PUIG, Santiago. Adiciones de Derecho español en JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., página 791.

(21) Cfr. STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núm. 1096.

ción del deber individual de cuidado— podría basarse en las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, la concepción objetiva de la contrariedad al deber no permite dar criterios utilizables para la construcción de la imagen del hombre medio cuidadoso —que, de esta forma, se convertirá en una abstracción de alto grado de difícil utilización en el caso concreto. Veamos dos ejemplos: ¿por qué razón la contrariedad al deber de cuidado de un conductor de cincuenta años, novato y asustadizo (que conduce tomando en cuenta su capacidad), debe confrontarse con la imagen del conductor medio cuidadoso —si, en definitiva, el mandato jurídico-penal sólo puede pretender que se haga lo posible? ¿Por qué y cómo generalizar respecto del hombre medio cuidadoso para juzgar la conducta del investigador nuclear cuando el hombre medio de la calle normalmente no suele manipular ingenios atómicos? (22).

b) En segundo lugar, los argumentos que se alegan en favor de la tesis de la contrariedad objetiva al deber de cuidado tienen el «inconveniente» de que son utilizables también como argumentos a favor de la tesis subjetiva que aquí se mantiene. Veamos también dos ejemplos: en primer término, no sólo a previsibilidad y la evitabilidad general, sino, y ante todo, la individual, debe crear un contrapeso frente a la responsabilidad por el resultado que a menudo resulta acentuada en la Jurisprudencia española y alemana; en segundo término, no sólo la contrariedad al deber generalmente evaluada, sino, y ante todo, la individual, debe impulsar a la práctica a la formulación de concisas reglas de cuidado (23).

c) En tercer lugar, llama la atención que, por un lado, los partidarios de la teoría general de la contrariedad al deber en muchos casos traten de orientar el límite máximo de cuidado exigido a las especiales capacidades del autor (24) y, por otro, se piense que cuando la especial capacidad del autor se concreta en una innovación técnica, ésta debe de constituir el criterio objetivo del cuidado (25). Estas soluciones no son convincentes ya que, primero, no pueden explicar por qué se amplía el cuidado exigido a quien dispone de capacidades especiales superiores al término medio y no se reduce para el que tiene capacidades inferiores al término medio y, segundo, generalizando como se hace a partir

(22) En este sentido: SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 10 y ss. del apéndice al parágrafo 16. Cfr. también: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núms. 1095 y 1101.

(23) Rebatiendo así a JESCHECK, H. H. («Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 778 y ss.) se pronuncia SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 19 y ss. del apéndice al parágrafo 16.

(24) Como lo hacen CRAMER y BLEI —cuya opinión es rebatida por SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 11 y ss. del apéndice al parágrafo 16.

(25) Así: SCHÜNEMANN, «Grund und Grenzer der unrechten Unterlassungsdelikte». 1971. Pgs. 166 y ss.

del autor con capacidades especiales, se perjudica sin explicación alguna al término medio (26).

d) En cuarto lugar, se afirma que la tesis que aquí se mantiene olvida que el correcto sentido de las reglas de cuidado sólo puede ser jurídicamente relevante si es la medida obligatoria del injusto típico y éste viene determinado por la lesión objetiva del deber de cuidado (27). Estamos, según creo, ante un argumento de dudosa fuerza de convicción ya que no fundamenta su punto de partida: esto es, por qué la medida obligatoria del injusto típico ha de venir determinada *precisamente* por la lesión objetiva del cuidado.

e) En quinto lugar se ha sostenido que la tesis que aquí intentamos fundamentar significa una disolución de la norma de comportamiento general (28). Frente a esta objeción debe recordarse que, en general, sólo pueden determinarse los límites del riesgo permitido. Pero la cuestión, por el contrario, del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y la incapacidad individual debería incidir sobre *el disvalor de acción, sobre el injusto típico, sobre la conducta prohibida, en definitiva* (29).

Debe precisarse, no obstante, que «el que es incapaz de mantener el riesgo de una actividad en los límites de lo permitido, en principio, tendrá prohibido llevar a cabo tal actividad (la llamada *culpa en la asunción del riesgo*)». De un conductor cuyas reacciones se encuentran reducidas por debajo de lo normal no se puede exigir, como se haría respecto a uno normal, que detenga cuanto antes su vehículo ante un repentino peligro de colisión, sino simplemente que deje de conducir; como el conductor cuya capacidad de reacción está considerablemente disminuida como consecuencia de una avanzada esclerosis cervical debe omitir completamente la actividad peligrosa —supuesto, naturalmente, que el autor es por lo menos capaz de percibir su incapacidad: si la esclerosis le impide inclusive esto, no habría siquiera un ilícito jurídico-penalmente relevante en tanto produce un accidente que *él* no podía evitar (30).

(26) Cfr. STRATENWERTH Günter, «Derecho Penal». Cit., núm. 1.096. SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 11 y ss. del apéndice al parágrafo 16.

(27) Cfr. KAUFMANN, Armin, «Sobre el estado de la doctrina del injusto personal». Nuevo Pensamiento Penal. Abril-junio 1975. Págs. 170 y ss.

(28) En este sentido: SCHMIDHÄUSER. Fest. für Schaffstein. Págs. 151 y ss. SCHUNEMAN, Fest. für Schaffstein. Págs. 164 y ss.

(29) En este sentido: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., números 1.095 y ss., con una paralela y obvia referencia a los delitos de omisión donde «el autor tiene que ser *capaz* de comportarse del modo jurídicamente exigido». Cfr. también: SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 13 y ss. del apéndice al parágrafo 16. JAKOBS, «Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt». Cit., págs. 64 y ss.

(30) Ampliamente vid.: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., números 1.095, 1.101 y 1.103.

f) En sexto lugar se ha sostenido que la tesis de la contrariedad individual al deber distorsiona el concepto de antijuridicidad que debe ser unitario para el total ordenamiento jurídico. Frente a esta tesis deben reconocerse las fluctuaciones interpretativas del artículo 1.902 del Código Civil y las posibilidades que este precepto ofrece —puesto que negligencia es desatención individual— de concebir a la antijuridicidad de forma acorde con la sensibilidad de nuestro tiempo (31).

g) Recientemente, en la dogmática española, se ha pronunciado en favor de la tesis de la contrariedad individual al deber de cuidado Mir Puig. En su opinión, esta tesis es la única forma de evitar la escandalosa impunidad de quien, dotado de facultades sobresalientes, deja de emplearlas voluntariamente y se limita a comportarse con arreglo al «deber objetivo de cuidado». Según el planteamiento que relega el poder subjetivo del autor a la culpabilidad, este sujeto actuaría con arreglo a Derecho y no podría, pues, ser castigado luego por la sola concurrencia de una «mayor culpabilidad» (32). Los ejemplos pueden ser numerosos: el que sabe que en un determinado lugar se encontrará con niños que al terminar sus clases corren descuidadamente por la calle, no podrá sostener que el conocimiento de esta situación no hubiera sido reconocible de la misma manera que si él no lo supiera (33). De la misma forma (en el área de los conocimientos) no podrá alegar preferencia de paso y comportamiento conforme al deber de cuidado quien sabiendo caída una señal de STOP no la respeta, colisionando con un vehículo cuyo conductor daba por supuesta la correcta ubicación de la señal; y en cuanto a las capacidades, el conductor dotado de una visión excepcional que ha visto un obstáculo, no puede disculparse si choca imprudentemente con él alegando que cualquier otro conductor con una visión normal no lo habría visto.

«Desde mi punto de vista —afirma Mir Puig— lo decisivo ha de ser la posibilidad de emplear voluntariamente las facultades personales. Si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, ya sea a conciencia, ya sea por descuido, el mismo se comportó incorrectamente desde el prisma de un observador objetivo, quien conociendo la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales consideraría obligado su empleo para evitar la lesión del bien jurídico. En tal caso, la conducta sería

(31) Cfr. TORÍO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Cit., pág. 37. SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO, «Consideraciones críticas a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo». Madrid, 1963. Página 76.

(32) Vid. MIR PUIG, Santiago, Adiciones de Derecho español en JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., pág. 791. Con anterioridad, *el mismo* autor en «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático». Cit., págs. 53 y ss.

(33) El ejemplo puede verse en STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit.. núm. 1.101.

antijurídica, prohibida por la norma de cuidado que obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta a juicio del espectador objetivo. Viceversa, por lo que respecta tanto al poder inferior del sujeto, como al poder excepcional no disponible a voluntad (p. ej., hasta cierto punto, una mayor inteligencia), constituyen así mismo límites de lo punible por la norma de cuidado y, por tanto, también de lo injusto, por la misma razón que en los delitos de omisión: el poder de cumplimiento es el límite máximo del deber normativo, porque la prohibición preventiva de la norma no puede intentar motivar a realizar conductas imposibles. Según esto, la norma de cuidado no obliga a nadie a aplicar un comportamiento para el que no tiene facultades, aunque aquél comportamiento sea el impuesto a la mayoría de los hombres, dotados de una mayor capacidad; y, por otra parte, la norma de cuidado tampoco puede obligar a utilizar un poder sobresaliente no disponible a voluntad, pues el sujeto esté o no a la altura de un tal poder excepcional en el momento concreto del hecho no puede imponerse por la motivación de la norma, y cuando aquél deja de estarlo más bien se pone de manifiesto que en el momento del hecho el mismo no se halla en condiciones superiores a lo normal, por lo que no podía exigírsele más cuidado que al término medio de los hombres. ¿Qué queda entonces para la culpabilidad? Nada que no sea común a todo delito, sea doloso o sea imprudente. Según lo anterior, todo lo específico de la imprudencia pertenece al ámbito de lo injusto (único ámbito de lo prohibido). Ello resulta perfectamente satisfactorio desde el prisma del Derecho español que contempla a la imprudencia (o negligencia) como una clase de tipo de injusto» (34).

III. En resumen: la adecuación de la conducta al tipo de injusto del delito culposo exige —lógicamente— que el sujeto haya tenido la posibilidad de saber de la producción de un resultado evitable —infracción del deber de cuidado—. Pero la determinación de la conducta exigida en el caso concreto se rige por los conocimientos y capacidades individuales del autor: sólo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposo. De esta forma culmina un proceso de subjetivización de la infracción del deber de cuidado tras un largo peregrinar por la sistemática del delito culposo: proceso de subjetivización que, paradójicamente, ha venido a culminar precisamente en el área de lo injusto.

(34) Vid. MIR PUIG, Santiago. Adiciones de Derecho español en JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., pág. 791.