

OBJETIVACION Y FINALISMO EN LOS ACCIDENTES DE TRAFICO (*)

SUMARIO

- I. OBJETIVACIÓN.
 1. *Pioneros en Alemania.*
 2. *Su motivación.*
 3. *Su doctrina.*
 4. *Tema de estudio.*

- II. FINALISMO DE LOS DELITOS CULPOSOS: "NULLA ACTIO SINE CULPA".
 1. *Acción.*
 2. *Caracteres genéricos y específicos de la finalidad.*
 3. *Dificultades: irrelevancia ontológica y jurídica.*

- III. ANTIJURIDICIDAD TÍPICA.
 1. *Elemento subjetivo.*
 2. *Elemento objetivo.*
 3. *Relaciones de ambos.*

- IV. CULPABILIDAD.
 1. *Concepto; antecedentes.*
 2. *Contenido.*
 3. *Fundamento.*

- V. CONCLUSIONES.
 1. *Objetivación extrema.*
 2. *Nuestra respuesta.*
 3. *Objetivación moderada.*
 4. *Aplicaciones concretas.*

(*) Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho penal organizadas por el Profesor José M.^a Rodríguez Devesa, en la Facultad de Derecho de Valladolid, durante el curso académico 1962-1963, y publicadas en la *Rev. Gen. de Leg. y Juris.* (diciembre, 1962), págs. 794-855, y en separata, Madrid (Reus), 1963.

I. OBJETIVACION

1. Pioneros en Alemania

Si reconocemos como misión característica del Derecho penal, en acertada frase de Jürgen BAUMANN (1), proteger con fuertes defensas los intereses sociales más importantes, y asegurar el orden y la vida comunitaria, parece lógico que los penalistas dediquemos actualmente toda nuestra atención al campo de los delitos de tráfico, que sin duda constituyen en nuestros días uno de los mayores peligros y amenazas contra el orden y aun la existencia de la vida social. Con razón se han comparado los accidentes de tráfico a las pestes medievales que diezmaban irremediabilmente ciudades y naciones. La prensa diaria nos informa cotidianamente de la ininterrumpida serie de catástrofes que ensangrientan nuestras carreteras. Las estadísticas oficiales ofrecen un elocuente y lamentable cuadro de conjunto. Recojamos a modo de ejemplo algunas cifras.

AÑOS	Accidentes	Muertos	Heridos
<i>En Suiza:</i>			
1958	42.528	1.146	29.906
1959	44.842	1.116	30.856
1960	50.100	1.300	33.100 (2)
<i>En Alemania:</i>			
1957	644.326	12.687	360.421
1958	715.453	11.927	358.044
1959	804.915	13.536	404.262 (3)

(1) BAUMANN, *Strafrecht. Allg. Teil.*² (Bielefeld, 1961), págs. 6 y sigs.

(2) E. R. FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik*

Con satisfacción podemos afirmar que los penalistas han tomado conciencia de la gravedad de tal volumen de víctimas y se han consagrado con seriedad al estudio de estos problemas. Basta ojear la inabarcable bibliografía actual sobre el tema. En concreto, la sola confrontación externa del fichero del Instituto de Derecho Penal Comparado, dirigido por el profesor JESCHECK, gracias a cuya amable hospitalidad puedo escribir estas cuartillas, prueba fehacientemente la gran preocupación de los penalistas por el problema. Todos los principales dogmáticos del Derecho penal trabajan intensamente en fecunda armonía con los científicos más o menos relacionados con el tema: ingenieros, médicos, policías, psicólogos, etc. (4). Pero dentro de los penalistas, en concreto en Alemania y más o menos también en otras naciones (5), hay una oposición frontal de opiniones y criterios que tienen muy importantes repercusiones —cuantitativas y cualitativas— en la dogmática general del Derecho penal y de la Criminología. Me refiero a la tendencia de objetivación del Derecho penal de Tráfico, a la cual ya hicimos alguna referencia en otra ocasión (6).

Actualmente, en Alemania, dentro de la problemática penal de los accidentes de tráfico, ha surgido un movimiento que, bajo el título general de «objetivación» o «simplificación», o «despersonalización» del

unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts, en *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter* (Zürich, 1961), págs. 280 y sigs.

(3) MIDDENDORFF, *Die Verkehrsdelikte in Kriminologie, Strafrecht und Strafverfahren*, en *Strafrechtspflege und Strafrechtsreform* (Wiesbaden, 1961), pág. 121. Otras estadísticas internacionales en MINISTERE DES TRAVAUX PUBLICS ET DE TRANSPORTS, *Les accidents corporels de la circulation routière en 1960* (París, s. d.). Según datos del mismo Ministerio, en el tercer trimestre de 1962 ha habido en Francia: 51.087 accidentes, con 3.100 muertos y 71.203 heridos. G. PERICO, *Defendamos la vida* (Alcoy, 1961), pág. 315. MEYER, JACOBI, STIEFEL, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr* (Frankfurt M., 1961). LAVES, BITZEL, BERGER, *Der Strassenverkehrsunfall* (Stuttgart, 1956), especialmente págs. 1 y sigs. JACOBI, *Verkehrsprobleme und ihre Lösung in England*, en *Deutsches Autorecht (DeAuR)*, 31 (1962), página 5. Las estadísticas españolas son escasas: Cfr. CUELLO CALÓN, *La delincuencia automovilística y su represión*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Deusto (Bilbao, 1955), pág. 10. CÓRDOBA, *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, en *ZgStW*, 73 (1961), págs. 117 y sigs. Durante el mes de octubre de 1962 se han registrado en la provincia de Barcelona 1.062 accidentes de tráfico; el mismo mes del año anterior (1961), 855. DÍAZ PALOS, *Derecho penal y procedimiento penal en materia de circulación por carretera*, en *Rev. Inst. D. Comp.* (1962), págs. 223 y siguientes.

(4) *Curso sobre accidentes de circulación*, organizado por la Escuela de Medicina legal (Madrid, 1959). G. Rosso, *La circolazione sulle autostrade* (Milano, 1961). En Alemania merecen especial atención las publicaciones de la "Arbeits- und Forschungsgemeinschaft für Strassenverkehr und Verkehrssicherheit e. V.", de Köln-Lindenthal.

(5) En España se hace eco de este problema el *Proyecto de ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, del 8 de junio de 1962*, tan seriamente criticada por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las leyes españolas sobre los accidentes de circulación*, en *Rev. Der. Esp. Am.*, 7 (1962), págs. 177-208.

(6) BERISTÁIN, *Fines de la pena*, en *Rev. Gen. de Leg. y Jur.*, 43 (1961), página 620, nota 85.

Derecho penal de Tráfico, aspira a conseguir metas sumamente ambiciosas, revolucionarias y «contagiosas». Como iniciador de este movimiento podemos considerar al Presidente de la Sala de la Audiencia Territorial de Colonia, doctor en Derecho y Filosofía, August WIMMER, cuyas publicaciones (7) han suscitado una apasionada polémica. Contra uno de sus primeros artículos, «Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern» (Acerca de la inadmisibile profundización en la cuestión de la culpabilidad en casos de negligencias de conductores de vehículos), contestó con su orientación tradicional y con su profundidad acostumbrada BAUMANN (8). Contra éste respondió breve, pero decididamente, Boos, con una nota en la misma revista (9), nota que ha sido citada después en sentidos positivo o negativo, admitiéndola o rechazándola, por multitud de penalistas y no penalistas. Entre los penalistas que más enérgicamente contestaron a la nota de Boos hemos de citar a SCHMIDT-LEICHNER con su admirativa pregunta: «Verkehrstrafrecht ohne Schuldfeststellung!?» (10), y BOCKELMANN, «Das strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers» (11).

Una ojeada sobre las principales publicaciones aparecidas últimamente sobre el tema (12) nos muestra que tanto los penalistas teóricos como

(7) A. WIMMER, *Kriminelles Unrecht und Ordnungswidrigkeiten im künftigen Verkehrsstrafrecht*, en *DeAuR*, 25 (1957), págs. 169-172. Idem, *Straftat und Ordnungswidrigkeit-Grundlagen der Abgrenzung de lege ferenda*, en *NeJuW* (1957), páginas 1169-1172. Idem, *Die Gefährdung im Strassenverkehr (§ 1 StVO)*, en *DeAuR*, 25 (1957), págs. 281-288. Idem, *Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt*, en *ZgStW*, 70 (1958), págs. 196-216. Idem, *Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt*, en *NeJuW* (1958), págs. 521-524. Idem, *Kriminelle fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Strassenverkehr*, en *DeAuR*, 26 (1958), págs. 145-155 (propone la reforma del parágrafo 314 a, del Código penal alemán). Idem, *Fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Strassenverkehr als Straftat und Ordnungswidrigkeit im kommenden Recht* (Düsseldorf, 1958) (monografía que recoge corregidos y aumentados los estudios anteriores). Idem, *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*, en *NeJuW* (1959), págs. 1753-1758. Idem, *Unfallträchtige Verkehrsdelikte und ihre Bekämpfung*, en *Bundesverkehrswacht* (1959), págs. 40 y siguientes. Idem, *Vereinfachungen im allgemeinen Strafrecht bei der Bestrafung von Verkehrsübertretungen*, en *DeAuR*, 29 (1960), págs. 245-250. Idem, *Die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten und der Schuldvorwurf*, en *NeJuW* (1960), págs. 1545-1547. Idem, *Wie ist eine Vereinfachung des deutschen Strassenverkehrsrechts möglich?*, en *DeAuR*, 30 (1961), págs. 1-7.

(8) BAUMANN, *Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht?*, en *NeJuW* (1959), páginas 2293-2294.

(9) Boos, *Keine Schuldvermutung in Verkehrsstrafrecht!*, en *NeJuW* (1960), página 373.

(10) *NeJuW* (1960), págs. 996-997.

(11) *NeJuW* (1960), págs. 1277-1284.

(12) Para no alargarme demasiado me limito a las principales publicaciones en lengua alemana. LICHTI, *Neue Wege zur Ahndung von Verkehrsdelikten*, en *DeAuR*, 29 (1960), págs. 341 y sig. SCHLOTHEIM, *Zur Problematik und zur "Entproblematisierung" des Verkehrsstrafrechts*, en *DeAuR*, 29 (1960), págs. 273-276. LACKNER, *Gedanken über die Ahndung der leichteren Verkehrszuwiderhandlungen im künftigen Recht*, en *DeAuR*, 29 (1960), págs. 309-315. BOCKELMANN, *Zur Reform des Verkehrsstrafrechts*, en *DeAuR*, 30 (1961), págs. 181-190. LANG-HINRICHSSEN, *Zur*

los encargados de la práctica del Derecho del tráfico, todos ellos están interesados en pro o en contra de la nueva tendencia.

En realidad, toda la superficie y gran parte de la profundidad del Derecho penal del tráfico está siendo sacudida por esa nueva corriente innovadora. No podemos prescindir del estudio de esta nueva teoría ni podemos rechazar totalmente sus pretensiones. Los autores que la propugnan son personalidades de seriedad científica y de experiencia en la vida real, con cargos sumamente responsables en la vida del Derecho y del tráfico: WIMMER es presidente de la Sala de la Audiencia Territorial de Colonia y doctor en Derecho y Filosofía, y Boos, Ministerialrat en el Ministerio de Tráfico en Bonn. Entre los penalistas hemos de tener especialmente presente la opinión de FREY que, en un reciente estudio se muestra partidario de una moderada objetivación (13). Este artículo puede suponer quizá el espaldarazo dogmático a la nueva tendencia alemana, y su admisión (con las moderaciones indicadas por el autor y quizá algunas más, pues su crítica nos parece demasiado indulgente y positivista) en la moderna dogmática y práctica jurídica. No olvidemos que fue también FREY quien semejantemente, aunque en otro sentido, llevó a cabo una poda científica sumamente beneficiosa y de importancia vital en el movimiento de la Nueva Defensa Social. Este movimiento, vista la evolución del Derecho penal desde una perspectiva histórico-político-crimino-sociológica, tiene gran semejanza con la teoría de la objetivación, en varios puntos, por ejemplo, en su pretensión machacona por una desjuridización (14).

2. Su motivación

Además de estos argumentos de autoridad en pro del movimiento objetivista, nos debe animar a estudiarlo, su misma génesis interna, las razones endógenas que le han dado vida. El movimiento ha surgido

Krise des Schuldgedankens, en *ZgStW*, 73 (1961), págs. 233 y sigs. GÖHLER, *Künftiges Bussgeldverfahren in Verkehrssachen*, en *DeAuR*, 30 (1961), págs. 237-243. BAUMANN, *Probleme der Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrsunfällen*, en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen* (Stuttgart, 1960), págs. 100-109. Idem, *Verkehrsgefährdung als Ordnungswidrigkeit*, en *Folgenlose Verkehrsgefährdung* (1961), pág. 162. Idem, *Haltet den Dieb!*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 93-100. DUBS, *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, en *SchZSt*, 78 (1962), págs. 44 y sigs. BOUSKA, *Forderungen des Strassenverkehrsrechts an die Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 193-197...

(13) *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts*, en *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter* (Zürich, 1961), págs. 269-346. Idem, *Heilen statt strafen? Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortung und Behandlung von Sexualdelinquenten* (Zürich, 1962), págs. 4 y sigs.

(14) BERISTÁIN, *Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social*, en *AnDePe*, 14 (1961), págs. 417 y sigs., 428 y sigs. BAUMANN, *Schuld und Verantwortung*, en *J. Z.*, 17 (1962), pág. 41.

ante el fracaso del Derecho penal tradicional para contener la criminalidad de tráfico. Reconocemos que esta impotencia ha sido anticientíficamente caricaturizada por algunos, pero no podemos menos de admitir una buena proporción de verdad en sus críticas (15). Y, desde luego, una sincera voluntad de superar la lamentable situación actual. Si persisten los métodos y teorías tradicionales —dicen— el problema tomará dimensiones de hecatombe:

«... Más o menos pronto hemos de tomar partido ante la alternativa, o seguir consintiendo que corra la sangre por nuestras carreteras o limitar los derechos tradicionales del individuo... Es un problema de masas... A la larga no queda otra solución que contentarnos con la constatación de la negligencia objetiva... y la imposición de multas-sanción» (no pena, *Busse*, no *Geldstrafe*) (16).

Las pretensiones objetivistas se apoyan no sólo en la crítica negativa de la práctica y dogmática tradicionales, sino también en positivos fundamentos teóricos y prácticos. Los objetivistas desarrollan, según propios puntos de vista, la orientación de la gran Comisión de la reforma del Código penal alemán (17), de separar del Código las contravenciones (parágrafo 1.º, párrafo 3.º) y propugnan que la mayoría de los delitos de tráfico pasen a formar parte de la ley de Contravenciones administrativas. Esprimen varias razones teóricas en pro de esta «degradación»:

Diversidad de contenido: los delitos suponen una dimensión ética, una desaprobación y desvalor objetivos, mientras que la mayoría de las transgresiones a la ley de Tráfico (cruzar la línea divisoria, velocidad excesiva...) carecen totalmente de ella, si prescindimos del resultado. La opinión pública, sobre todo entre los conductores, coincide en este punto con los objetivistas y considera en las transgresiones a las normas del tráfico una mera contravención policíaca, a veces plausible.

Diversidad del fundamento: Los delitos dolosos se apoyan en el dolo, mientras que los delitos culposos y, sobre todo, los de culpa inconsciente, tan frecuente en los delitos de tráfico, se apoyan principal y casi exclusivamente en el resultado, no deseado ni previsto a veces...

(15) FREY, *Heilen statt strafen?* (Zürich, 1962), págs. 4 y sig., el Derecho penal actual tiene una vinculación fundamental y amplia con el tan criticado Derecho penal de resultado, y (pág. 6) se muestra incapaz de dominar los delitos del tráfico moderno, DUBS, *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, en *SchZSt*, 78 (1962), págs. 31-49, especialmente 43 y sigs.

(16) BOSS, *Keine Schuldvermutung in Verkehrsstrafrecht!*, en *NeJuW* (1960), página 373.

(17) *Niederschriften...* (Bonn, 1954), t. I, págs. 67-77, 333-340... *Entwurf eines StGB, E. 1962 mit Begründung* (Bonn, 1962), pág. 98: parte de las "Übertretungen" que no tienen contenido injusto criminal deben pasar a la ley de "Ordnungswidrigkeiten"; las otras, a los "Vergehen".

Diversidad de estructuración dogmática: Los delitos culposos representan en realidad un cuerpo extraño en el sistema general del Derecho penal (18).

Diversidad cuantitativa y cualitativa: Los accidentes de tráfico desprestigian y amortiguan la eficacia de las sanciones penales; son bagatelas que no merecen tanta consideración.

Diversidad psicológica: El autor de los delitos de tráfico no se considera delincuente, lo cual dificulta y, a veces, imposibilita la valoración del grado de culpabilidad..., etc.

A las razones dogmáticas se añaden otras de tipo predominantemente político-criminal, que no creemos necesario desarrollar en este lugar: insuficiencia del cuerpo judicial para determinar y aplicar con la rapidez debida la sanción rápida —y cuanto más rápida, mucho más eficaz—, experiencia de la metodología y práctica norteamericana, complejidad excesiva en los trámites judiciales, complejidad excesiva de la legislación, imposibilidad frente a ciertas necesidades de dejar la interpretación legal en manos del conductor, etc.

Al desgajar esta rama del tronco del Derecho penal no queda (nos dicen) en el aire, desraizada, sino mejor entroncada en la dogmática general del Derecho mediante una institución jurídica por todos admitida: la responsabilidad del peligro permitido (19). Si todos consideramos lógico y justo que una empresa cuyos obreros trabajan en situación de extraordinario peligro, siempre que ocurra un accidente debe aceptar el principio de la responsabilidad objetiva, no parece desacertado considerar el conducir un automóvil como empresa de peligro extraordinario (compárense en las estadísticas los accidentes en carretera con los accidentes en tales empresas) por lo cual el conductor debe aceptar esta «conditio peius». Otra fundamentación jurídica podrá encontrarse en el contrato de seguro contra todo riesgo...

3. Su doctrina

Con lo dicho, aunque sólo hemos bosquejado la génesis de esta tendencia, podemos apreciar que no se trata de un capricho sin fundamento, sino de una teoría sumamente interesante. Quisiéramos exponer aquí toda su doctrina, su contenido y sus fines; pero hemos de limitarnos a reseñar únicamente las coordenadas esenciales de sus pretensiones. Como indicábamos antes, pretenden que la mayoría de los casos

(18) Cfr. nota 15.

(19) BOCKELMANN, *Das strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers*, en *NeJuW* (1960), págs. 1277-1284. CONDE-PUMPLIDO FERREIRO, *Las leyes españolas sobre los accidentes de circulación*, en *ReDeEsAm*, 7 (1962), págs. 202 y sig. SCHWEIKERT, *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten*, en *ZgStW*, 70 (1958), páginas 394-411. ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Heidelberg, 1961), págs. 177 y sig., con selecta bibliografía.

hasta ahora considerados como objeto del Derecho penal de tráfico, pasen al campo de las contravenciones administrativas. Este Derecho de tráfico prescinde del examen de la culpabilidad y prescinde lógicamente de la pena, pues no reacciona contra lo hecho, sino que procura evitar su futura repetición. Así se convierte en mero tratamiento criminológico o de seguridad objetiva (20).

Por eso emplea sanciones administrativas y pedagógicas: multas, arrestos —sin sentido peyorativo, sino meramente educativo—, conversaciones con el perito, *Ticketsystem* (21)... De su ejercicio y aplicación se encargan autoridades no judiciales: los jueces son sustituidos en su mayor parte por personal administrativo, algunos de ellos de la carrera judicial, otros no (22).

Este movimiento implica, como vemos, una transformación en el fundamento, fines y medios del Derecho penal tradicional; y supone otra concepción del juez, incapaz de averiguar realmente en la mayoría de los casos la culpabilidad del reo, por lo cual se debe apoyar en una presunción general y castigar toda negligencia objetiva (23); supone otra concepción del acusado, más pesimista, pero quizá más realista, que la de nuestra dogmática tradicional, y otra concepción de la justicia, concepción que sería el desarrollo extremo de la evolución iniciada con la secularización, continuada con la naturalización, el positivismo y la tecnificación (24).

Naturalmente, una tecnificación del Derecho penal en el sentido materialista sería perjudicial; pero no es éste el sentido que pretenden los mejores de los autores a los cuales nos referimos ahora. Ellos entienden por tecnificación una actualización científica no materialista, y una renovación, que en cierta medida todos hemos de reconocer como indispensable y sumamente bienhechora.

Por fin pretenden una mayor simplificación en el Derecho penal material: cierta equiparación del dolo con la culpa (25), problemática del error, de la culpabilidad en casos de actuación negligente (en este punto la bibliografía es inabarcable); y en el Derecho penal procesal, concretamente en los trámites para la privación del carnet de conducir, imitando la práctica americana. En resumen, las más importantes pre-

(20) BAUMANN, *Schuld u. Verantwortung*, en *J. Z.*, 17 (1962), págs. 43 y sig.

(21) Algunos de estos métodos son imitación de los empleados con éxito en Norteamérica. Cfr. MAYER, JACOBI, STIEFEL, *Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr. Unfallverhütung, Verkehrsstrafverfahren und Grundrechte in den U. S. A.* (Frankfurt M., 1961), passim.

(22) BOUSKA, *Forderungen des Strassenverkehrsrecht an die Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 195 y sig.

(23) WIMMER, *Über unzulässige Vertiefung...*, en *NeJuW* (1959), págs. 1757 y siguientes.

(24) R. MAURACH, *Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik*, en *Fest. Eb. Schmidt* (Göttingen, 1961), págs. 301-318, especialmente 306 y sigs. FREY, *Reobjektivierung...*, passim.

(25) WIMMER, *Vereinfachungen...*, en *DeAuR*, 29 (1960), págs. 245 y sig.

tensiones brotan en Derecho de tráfico, pero se extienden a todo el Derecho penal, como dice textualmente WIMMER (26).

4. Tema de estudio

Creemos que lo dicho basta para afirmar que el nuevo movimiento objetivista merece nuestra atención. Quisiéramos estudiar todos los problemas que ha planteado; pero no podemos hacerlo ahora, entre otras razones, porque sería necesario revisar toda la dogmática de la culpa, tal como lo han hecho QUINTANO o ENGISCH (27), todo el problema criminológico, judicial, etc. La importancia y dificultad de estos problemas supera nuestras intenciones y posibilidades. Limitaremos, pues, nuestro tema de estudio: admitimos, con los objetivistas, que la teoría tradicional no ha logrado atinar con la estructura, capaz de dominar teórica y prácticamente la criminalidad del tráfico; admitimos también que es necesario buscar nuevos rumbos. Dudamos si esos nuevos rumbos exigen una separación total del Derecho penal, o se contentan con sólo una reforma parcial del mismo. Instintivamente nos resistimos a lo primero porque comprendemos que, si desgajamos del Código penal la mayoría de los delitos de tráfico, habremos desgajado una de las ramas más gruesas, pues cuantitativamente los delitos de tráfico constituyen una gran parte de las causas judiciales en casi todas las naciones modernamente motorizadas, y la de más interés dogmático: interés en sentido de curiosidad y dificultad científica, pues con razón afirma BINDING (28) que el problema del dolo es sencillo comparado con el problema de la negligencia, y en el sentido de trascendencia y gravedad práctica, ya que significaría volver a la tan criticada época del Derecho penal objetivo, a los tan conminados delitos por el resultado (29). Por eso antes de aceptar todas las pretensiones objetivistas y en concreto antes de segregar los delitos del tráfico del Derecho penal, vamos a estudiar, *dentro* del Derecho penal actual, una de sus teorías: la que nos parece más inteligente e interesante, para ver si su estructuración de los delitos culposos nos ofrece una solución jurídico-penal capaz de dominar teórica y prácticamente la criminalidad de tráfico. En otras palabras, queremos investigar si basta con una evolución del y *dentro* del Derecho penal tradicional, sin necesidad de lanzarnos a la aventura de una revolución. Con este fin resumiremos en las páginas siguientes la concepción

(26) Idem, *Über unzulässige...*, en *NeJuW* (1959), pág. 1757: "Das aufgezeigte Problem gilt für das *gesamte Strafrecht*." Omitimos el estudio de la relación con la responsabilidad objetiva civil, cfr. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil* (París, 1956), tomo II, págs. 441-507.

(27) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa* (Barcelona, 1958). ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlín, 1930).

(28) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1919), t. IV, páginas 335 y sig.

(29) CONDE-PUMPIDO, *Las leyes españolas sobre los accidentes de circulación*, en *ReDeEsAm*, 7 (1962), pág. 183.

dogmática de los delitos culposos, con especial referencia a los delitos de tráfico, dentro de la teoría finalista, para después bosquejar la respuesta a las pretendidas reformas objetivistas.

No pretendemos responder a cada una de las proposiciones objetivistas. Ni mucho menos. Nos limitaremos a estudiar y exponer la teoría finalista como posible solución a la dificultad fundamental sobre la que se apoyan los objetivistas. No pretendemos solucionar totalmente el problema de la oportunidad o inconveniencia de una objetivación del Derecho penal de tráfico y sus consecuencias en todo el Derecho penal. Ni tampoco conceder plena carta de ciudadanía a la doctrina welzeliana. Únicamente pretendemos dar a conocer a los lectores la doctrina actual de ambas teorías en *algunos* de sus rasgos fundamentales. Estas páginas se limitan a una información parcial sobre el tema. Información que creemos necesaria —pero no suficiente— para un posterior análisis crítico de ambas tendencias. Esto no quiere decir que en algunos momentos no podamos brevemente exponer nuestro punto de vista en tal o cual aspecto parcial, pero sin pretensiones definitivas; quizá algún día lo hagamos, como lo hicimos con la Nueva Defensa Social (30).

II. FINALISMO DE LOS DELITOS CULPOSOS: «NULLA ACTIO SINE CULPA»

1. Acción

Partiendo del supuesto de que la revisión de la dogmática de los delitos culposos depende fundamentalmente de su concepto básico de acción, empecemos describiendo este concepto en la teoría finalista.

Precisamente donde los adversarios más insistentemente atacan la doctrina welzeliana es en el problema de la acción culposa (31); y sin embargo, es ahí donde para nosotros radica uno de sus más apreciables valores y adelantos, aunque reconocemos que terminológicamente no ha logrado quizá todavía la perfección deseada a pesar del minucioso cuidado con que WELZEL retoca sus formulaciones en este punto; compárese, verbigracia, *Das Deutsche Strafrecht*, 6.^a ed., página 32, con la 7.^a ed., página 32 (32).

(30) BERISTÁIN, *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en *ReEsPenit*, 18 (1962), págs. 5-22.

(31) PETOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato* (Torino, 1954), páginas 24 y sigs. ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Heidelberg, 1961), páginas 165 y sigs., con abundante bibliografía. JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, en *Festschrift f. Eberhard Schmidt* (Göttingen, 1961), págs. 148 y sig. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, en *Anales de la Universidad de Valencia*, vol. XXVII, 1953, págs. 125 y sigs. MEZGER, *Die Handlung im Strafrecht*, en *Festschrift f. T. Rittler* (Aalen, 1957), págs. 122 y sig., etc.

(32) Prescindimos, por suponerlas conocidas, de la historia y modificaciones

Para mayor claridad permítasenos, antes de entrar en nuestro tema, resumir brevemente la doctrina de WELZEL respecto a la acción en los delitos dolosos. En ella incluye WELZEL como uno de sus elementos o requisitos constitutivos la conciencia del fin, el dolo, en cuanto conocimiento y voluntad de la realización del tipo, no en cuanto conocimiento y voluntad de la antijuricidad; o sea que incluye la anticipación mental del fin perseguido con su acción. En este punto se diversifica radicalmente de la teoría tradicional, según la cual (33) lo único importante y constitutivo es que el resultado haya sido causado por un acto de la voluntad, siendo totalmente indiferente el contenido de ese acto. Como dice GALLAS: «Para la existencia de un obrar en el indicado sentido no importa cuál sea la meta que el sujeto se haya propuesto; basta que haya perseguido cualquier objetivo, que haya actuado con carácter final» (34). Como vemos, la oposición con la teoría welzeliana es frontal, pues ésta exige que el contenido de la acción sea tenido en cuenta, de modo que si el dolo, el propósito del agente, no quiso producir el efecto que realmente se ha producido, no existe acción dolosa de relevancia penal. Sí existe dolo cuando conoce el resultado, aunque no hace falta que sepa que está prohibido.

El profesor de la Universidad de Bonn, actualmente su Rector en el curso académico 1962-63, explica su concepción con el ejemplo de la enfermera que, para calmar los dolores de un paciente, le pone una inyección creyendo que su contenido se reduce a dosis homeopáticas de morfina, sin posibilidad de causar perjuicio alguno a la salud del enfermo; pero en realidad el inyectable contenía una dosis excesiva que causa la muerte del paciente. En este caso, según la dogmática finalista de los delitos dolosos, no hay acción homicida dolosa, aunque puede

de la teoría finalista: CEREZO, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 136 y sigs. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en *ZgStW*, 58 (1939), págs. 491-566, especialmente 553 y siguientes. NOWAKOWSKI, *Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945*, en *Jur Blät* (1954), págs. 134-138. Idem, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en *Jur Zeit* (1958), págs. 338-341 y 388-394. MAIHOFFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, en *ZgStW*, 70 (1958), págs. 159-195. MARTÍNEZ VAL, *La recepción del finalismo en el Derecho penal alemán*, en *Foro Manch.* (julio-diciembre, 1960), páginas 17-24.

(33) MEZGER, *Leipziger Kommentar*⁸ (Berlín, 1958), t. I, Einleitung, II, páginas 6 y sigs. Idem, *Die Handlung im Strafrecht*, en *Fest. Rittler* (Aalen, 1957), páginas 119-124, especialmente 122 y sigs. Idem, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (Berlín-München, 1950), págs. 12 y sig. JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, en *Fest. Schmidt* (Göttingen, 1961), págs. 139-155, especialmente 144-146, con muy acertado criterio y selecta bibliografía. Idem, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre*, en *ZgStW*, 73 (1961), páginas 179-209, especialmente, 191 y sig. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*⁴ (Göttingen, 1961), págs. 6 y sigs. NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Tübingen, 1951), págs. 8 y sigs.

(34) GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. por J. CÓRDOBA (Barcelona, 1959), pág. 14.

haberla culposa, pues al faltar el dolo, al faltar el «animus neccandi», falta no sólo la culpabilidad, sino aun la acción homicida relevante en el campo doloso (35).

De modo semejante, en los delitos culposos, que son los que a nosotros nos interesan, la teoría finalista se enfrenta radicalmente contra la teoría tradicional. Esta supone que la acción culposa coincide exactamente, en cuanto acción, con la dolosa, pues la diferenciación dolo-culpa brota posteriormente, es objeto de la culpabilidad (36). En cambio los finalistas creen que también en este campo debemos mantenernos fieles a la realidad ontológica y considerar la acción humana culposa, ya desde el principio como algo distinto específica, no genéricamente, a la dolosa, como una unidad compleja compuesta de elementos objetivos y subjetivos —«objektivsubjektive Sinneinheit»—, como una dirección o canalización menos directa de los hechos exteriores a través de la voluntad humana.

La teoría welzeliana coloca ya en la primera piedra de su construcción de los delitos culposos, además de la acción en cuanto resultado, la acción en cuanto defectuosa, la violación objetiva del cuidado debido en la vida social. Prescindir de esta vertiente es prescindir del punto central, donde puede colocarse posteriormente la antijuricidad y la culpabilidad (37). Con otras palabras, WELZEL y los finalistas (38) sitúan ya en el umbral mismo de la dogmática de los delitos culposos, la consideración de la voluntad humana: la negligencia objetiva del cuidado debido. Esta barrera impide la entrada en el palacio de la justicia penal a multitud de acciones que, según la teoría tradicional, debían entrar en él.

Exempla docent: El conductor del automóvil A, al entrar en una curva que para él es hacia la izquierda, intenta «cortarla» y penetra en la franja de la dirección contraria y choca con el automóvil B que venía en dirección contraria y guardando su derecha. El conductor A resulta herido con lesiones de gravedad; el B resulta ileso.

(35) WELZEL, *Das neue Bild...* (Göttingen, 1961), pág. 3. Idem, *Das deutsche Strafrecht*⁷ (Berlín, 1960), págs. 30 y sig. Idem, *Um die finale Handlungslehre* (Tübingen, 1949), pág. 9. Sería interesante la comparación de esta doctrina welzeliana con la escolástica, v. g., en SANTO TOMÁS, 1-2, q. 6, a. 8, in co. “Por fin, hay ignorancia antecedente a la voluntad cuando en sí no es voluntaria, pero es causa de querer lo que de otro modo no se querría; así, cuando un hombre ignora alguna circunstancia del acto que no está obligado a saberla y a causa de ello hace algo que no haría si la conociese; es el caso de uno que, a pesar de las precauciones tomadas, no ve al transeúnte que atraviesa el camino y dispara la flecha homicida. Tal ignorancia causa el involuntario absoluto.”

(36) MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (Berlín-München, 1950), páginas 12 y sigs.

(37) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte* (Karlsruhe, 1961), págs. 11 y sigs.

(38) En sentido parecido: ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes i Bindings Normentheorie* (Göttingen, 1954), págs. 283 y sigs. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*² (Karlsruhe, 1958), págs. 182 y sigs., 422, 575...

Según la teoría tradicional, el conductor B ha causado una lesión de un bien jurídico, es el autor (39) de esas lesiones; su acción ha sido típica y, puesto que no hay causas de justificación, antijurídica. Sólo posteriormente, al examinar si ha sido culpable o no, se aclarará que no se le debe reprochar su acción típica y antijurídica.

Según la teoría finalista, el conductor B no debe entrar en el Derecho penal. No es autor de ninguna acción típica y, por tanto, tampoco antijurídica. Por la sencilla razón de que falta la violación objetiva del cuidado debido y el elemento voluntativo, pues él ha conducido como debía conducir (40). La razón parece convincente: si la acción de A, antes del momento del choque, o suponiendo que no hubiese entrado en su terreno el vehículo B, es lícita y justa, no vemos por qué «razón» ha de convertirse en antijurídica en el momento en que otro coche se lanza contra él.

En resumen, WELZEL incluye en el término primero —acción— una dimensión ontológico-normativa: la negligencia objetiva del cuidado debido. Las acciones que carezcan de este desvalor formal caen fuera del Derecho penal: «Nullum crimen sine culpa. Nulla actio sine culpa.»

2. Caracteres genéricos y específicos de la finalidad

Contra esta innovación, que realmente no es innovación, pues como el mismo WELZEL reconoce (41), ya antes que él otros autores han escrito más o menos claramente en este sentido, se han levantado las más serias protestas. Para solucionarlas hemos de tener presentes las notas genéricas (comunes a la acción dolosa y culposa) de la finalidad, y distinguirlas de las notas específicas propias de cada una de ellas.

El punto de arranque de esta teoría (42) subraya fuertemente el aspecto final por creer que esta dimensión es ineludible para construir un

(39) LAMPE, *Täterschaft bei fahrlässiger Straftat*, en *ZgStW*, 71 (1959), páginas 579-616. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, en *ZgStW*, 51 (1931), págs. 703-720.

(40) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (Karlsruhe, 1961), págs. 8 y siguientes. Para lo que decimos aquí, y para las conclusiones que luego deduciremos de este punto, son interesantes las observaciones que desde el punto de vista civilista nos ofrece WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens* (Karlsruhe, 1960).

(41) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung* (Leipzig, Wien, 1910), especialmente págs. 191 y sigs. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlín, 1930), especialmente pág. 282. “El concepto del cuidado debido es un concepto valorativo... también porque presupone una cierta elección entre las diversas conductas que conducen a ese resultado (die jenem Erfolg dienen)”, y todo el capítulo 19, “Die Fahrlässigkeit als mangelnde Sorgfalt”, págs. 266 y sigs. ERIK WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform* (Tübingen, 1933), pág. 28. H. VON WEBER, *Zum Aufbau des Verbrechenssystem* (Jena, 1935), págs. 8 y sigs. Idem, *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Bonn, 1945), páginas 52 y sigs. Idem, *Materialien zur Strafrechtsreform* (Bonn, 1954), t. I, página 279. WELZEL, *Fahrlässigkeit und...*, págs. 10 y sig.

(42) WELZEL, *Kausalität und Handlung*, en *ZgStW*, 51 (1931), págs. 609 y sigs.

concepto de acción básico para toda la dogmática penal. La característica genérica, común a la acción dolosa y culposa, indispensable ya en el concepto inicial de acción sin esperar, como desea la teoría tradicional, a posteriores momentos normativos (43), tiene dos frentes, abarca no menos que el resultado —aspecto objetivo—, la meta, en amplio sentido, incluyendo también los medios y las consecuencias, que el autor se propone al actuar —aspecto subjetivo.

En cuanto a la finalidad específica en la acción dolosa, WELZEL manifiesta clara y terminantemente que «finalidad equivale a dolo». Pero no olvidemos que este dolo no coincide con el dolo tradicional de la culpabilidad. El elemento formal de la acción dolosa es un mero dolo natural o dolo de hecho (44), distinto en mil aspectos del *dolus malus* propio de la culpabilidad normativa, y también de la psicológica. El dolo natural no se limita a la intención ni a la aspiración o al «querer tener» (45), sino que es un caso particular de la «voluntad de realización final», «concretamente la voluntad de realización final en referencia a circunstancias de un tipo legal» (46); es la meta que el sujeto pretende y consigue alcanzar en el resultado criminal del delito consumado; es el contenido volitivo, el resultado querido en tanto en cuanto querido. O con palabras de LUZÓN DOMINGO: la voluntad «comprende no sólo la conducta, sino también el evento» (47) y todo el curso causal puesto en movimiento por la acción dirigida en cuanto es abarcado por la acción dirigente, por tanto, incluso no sólo el fin deseado, sino también los medios y las consecuencias accesorias con ellos ligadas (48).

La característica específica de la finalidad en la acción culposa es una mera negligencia natural análoga, pero no idéntica, a la negligencia de la culpabilidad tradicional.

La culpa «mala» o medida de la negligencia subjetiva, esto es, la que realmente tuvo el autor, pertenece a la reprochabilidad; en cambio la culpa «natural» es la mera violación *objetiva* del cuidado debido en la vida social. En esta intuición de que el concepto penal de acción culposa debe considerar la realidad ontológica de la *negligencia objetiva*, y en las consecuencias lógicas, y para algunos escandalosas, que de ella deduce WELZEL radica, a nuestro entender, uno de sus mayores aciertos y méritos. En concreto, creemos que este rasgo formal capacita mejor que

(43) MEZGER, *Leipziger Kommentar*⁸ (Berlín, 1958), Introd., II, pág. 8.

(44) CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en *AnDePe*, 14 (1961), págs. 55-68, especialmente 66 y sigs.

(45) WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Bonn, 1945), págs. 63 y siguientes. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (Barcelona, 1959), páginas 57 y siguientes.

(46) WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*³ (Göttingen, 1957), páginas 10 y sig.

(47) LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal* (Barcelona, 1960), t. I, pág. 144. Su teoría es totalmente opuesta a la welzeliana, páginas 141 y sigs. y *passim*.

(48) ARMIN KAUFMANN, *El dolo eventual en la estructura del delito*, en *AnDePe*, 13 (1960), pág. 186, con selecta bibliografía.

ningún otro a la acción para cumplir sus funciones fundamentales que todos los penalistas le asignan y que tan logradamente resumen JESCHECK (49) y MAIHOFER (50): clasificación, sistematización, selección e incorporación de valoraciones posteriores. Sobre todo salta a la vista su aptitud selectiva, pues ya desde un principio elimina del Derecho penal innumerables casos que, según la teoría tradicional, ocupaban latosa e ilógicamente a los jueces hasta el examen de la culpabilidad. Recuérdese el caso-ejemplo anterior de los conductores A y B.

Después, al tratar de la tipicidad, desarrollaremos más este concepto; por ahora nos basta su enunciación escueta y pasamos a indicar brevemente algunas de las razones que nos inclinan a admitir este elemento formal como esencial en la acción.

3. Dificultades: irrelevancia ontológica y jurídica

A) Porque partimos de una concepción iusnaturalista-ontológica y no kantiana de la acción, como MEZGER y la mayoría de los penalistas causalistas alemanes, que parten de la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana. Para ellos el sujeto crea el concepto y su valoración. Para nosotros, y todos los filósofos realistas, es por el contrario el objeto el que crea mi conocimiento. Aplicado al Derecho penal resulta que el sujeto, el legislador, no es libre (51) de dar a la acción relevante penalmente las notas que quiere, sino que necesita plegarse a las notas que la acción tiene en la realidad. Ahora bien, en la realidad no existe acción humana sin elemento volitivo; por ello en el Derecho penal no puede existir. Esto es lo que sucedería si montáramos la tipicidad y la antijuricidad sobre una acción desprovista del elemento volitivo. Dicha acción no sería acción humana (52).

B) Creemos, contra muchos e insignes penalistas, que la violación del cuidado debido tiene relevancia ontológica y jurídica y, por eso, pertenece a la acción. Muchos autores admiten relevancia ontológica en la finalidad de la acción dolosa; pero la niegan apasionadamente en la

(49) JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...*, en *Fest. Eb. Schmidt*, páginas 140 y sig.

(50) MAIHOFER, *Des Handlungsbegriff im Verbrechenssystem* (Tübingen, 1953), páginas 6 y sigs.

(51) Las dificultades que se han objetado contra esta exigencia vinculadora de la realidad nos parecen equivocadas. Algunos de los adversarios lo son únicamente de palabra, por irreflexión. En el fondo debe reconocerse la necesidad imperiosa y "natural", como dice JESCHECK, "de que el Derecho esté en consonancia con la esencia del hombre": *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechenbegriff*, en *Existenz und Ordnung. Festschrift f. Erik Wolf* (Frankfurt M., 1962), págs. 479 y sig. WELZEL. *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre* (Karlsruhe, 1963), págs. 15 y sig.

(52) La acción de la dogmática penal no puede mantenerse totalmente neutral e independiente de toda valoración, aunque sería su ideal. Cfr. JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung...*, pág. 139.

culposa. Según ellos, la finalidad primera, dolosa, al coincidir con el dolo tiene evidente relevancia ontológica; la discusión versará quizá si debe admitirse en la acción o en el injusto, etc. Pero, en cambio, la negligencia es un concepto normativo del *sollen*, no del *sein*, y por ello no ontológico, no constitutivo.

Esta opinión nos parece una reminiscencia no superada, ilógicamente, de la concepción neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, con su distinción frontal del *sein* y del *sollen*. Nosotros reconocemos que la negligencia es un elemento normativo, como dicen los adversarios; pero negamos su afirmación de que este elemento normativo no constituye un elemento ontológico. Permítasenos la cita de un axioma clásico: «ens et bonum confunduntur», lo que es bueno, normativo, tiene entidad ontológica. Por tanto, el *sollen* no está puesto (*gesetz*) arbitrariamente por el sujeto pensante, sino que le viene impuesto por el *sein*. Las categorías axiológicas siguen a las ontológicas (53). La negligencia tiene una doble vertiente del *sollen* y, por tanto, del *sein*, normativa, y, por tanto, también ontológica (54). Por eso puede y debe considerarse como elemento constitutivo de la acción culposa. La dificultad de que entonces carece de contenido la culpabilidad la trataremos al estudiar este punto en su lugar oportuno.

Y con esto pasamos al punto más difícil de nuestro estudio. ¿Tiene la finalidad culposa *relevancia jurídica*? Son muchos los penalistas que lo niegan, y algunos de ellos, como JESCHECK, autores sumamente ponderados y prudentes. Según la mayoría de los adversarios, la finalidad encierra un contenido óntico que o «ist» o «nicht ist»: el agente ha querido o no ha querido tal resultado. Cuando se trata de un delito doloso existe ese contenido volitivo de relevancia jurídica; en cambio cuando se trata de un resultado culposo no existe una meta volitiva dentro del campo jurídico, sólo existe fuera de él. Por ejemplo, si N coge un «taxi» para llegar rápidamente a la estación y, al cruzar una bocacalle —a velocidad excesiva—, atropella a un viadante, en realidad, dicen los objetivistas, el «taxista» no quería matar al peatón, sino que quería llegar pronto a la estación; finalidad ésta que no tiene relevancia jurídica alguna. Creemos que quienes establecen esa disyuntiva bímembre desconocen u olvidan que WELZEL ya hace largos años ha cambiado su concepción sobre la finalidad en los delitos culposos. El objeto

(53) KATSANTONIS, *Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht. Ein Versuch*, en *ZgStW*, 72 (1960), págs. 351-364. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände* (Berlín, 1958). ROXI, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* (Hamburg, 1959).

(54) Admitimos una semejante vigencia ontológica en los delitos de comisión, confirmando parcialmente la insinuación “a contrario” de MEZGER: “Wie die Unterlassung ist auch die Fahrlässigkeit ein ‘etwas (d. h. Gebotenes) nich tun’”, en NIESE, *Finalität...*, pág. 62. En cuanto a los delitos culposos de omisión, cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* (Göttingen, 1954), páginas 284 y sig.; la esencia de su acción consiste en la omisión del cuidado debido “im Unterlassen der Sorgfalt beim Handeln”.

de la finalidad no es el resultado, sino la falta de prudencia. Por tanto, todo conductor que conduce imprudentemente está ya realizando una acción culposa. Solamente por razones de política criminal no ha querido el legislador anudar la pena a toda acción culposa, sino sólo a aquellas que tienen por resultado la violación de ciertos bienes jurídicos. Entre otras razones porque si toda imprudencia en el conducir fuera punible quedaría al arbitrio de la policía de tráfico la determinación de cuándo un conductor conduce imprudentemente. Por tanto, nos encontraríamos con un tipo penal excesivamente abierto que el legislador ha querido evitar por razones de seguridad jurídica. Lo dicho significa que en el delito culposo la acción típica está constituida por la violación de la prudencia debida, y la realización del resultado es mera condición objetiva de punibilidad (55). Esta concepción es la predominante entre los finalistas, aunque no todos la admiten.

En resumen, si tenemos en cuenta los principios (56) de la teoría welzeliana admitiremos que la acción que sirva de fundamento a la estructuración dogmática debe ser una acción humana, pues no puede ser distinto el concepto de acción en el Derecho y en la vida. La acción que interesa al penalista no puede limitarse a considerar el resultado dañoso proveniente de una «causalidad, sino que debe considerar también esta causalidad en sí misma, tal como es en realidad, con su contenido concreto. Así, reconoceremos todos que media una diferencia ontológica y jurídica entre una muerte causada por un homicida en pleno uso de sus facultades, y la causada por un rayo en medio de una tempestad. El resultado es el mismo en ambas, pero la acción, totalmente distinta. La segunda no pertenece al Derecho penal porque, al no ser acción, sino mero acontecer, carece de materia capaz de ser valorada en procesos posteriores: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad.

De modo semejante media también una diferencia ontológica y jurídica entre la muerte causada por un chófer que conducía a velocidad excesiva, violando el cuidado debido, y la causada por un conductor que observaba todas las normas de prudencia. La última carece de materia capaz de valoración jurídica penal. Todavía más, esta diferencia: violación del cuidado - observancia del mismo, no pertenece al estudio de la culpabilidad (a la cual corresponde estudiar la reprochabilidad) como luego lo veremos, sino que pertenece a la acción y, a través de ella, al tipo para formar el «objeto de la valoración».

Permítasenos cerrar este capítulo con un cuadro sinóptico:

- A. Homicidio doloso \neq muerte por rayo.
- B. Homicidio con negligencia objetiva \neq muerte sin negligencia.
- C. Homicidio doloso = homicidio negligente.

(55) La acción típica en sentido estricto incluye únicamente dos notas: la objetiva, "No guardas la prudencia", y la subjetiva, "No te cuidas de guardar la prudencia". En amplio sentido se incluye, además, el resultado como condición objetiva de punibilidad.

(56) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie* (Tübingen, 1935), pág. 27.

Entre las relaciones de A y B hay una divergencia que excluye del Derecho penal al segundo término. En cambio, en C hay cierta semejanza, no identidad, cierto punto de común que les abre la puerta en la dogmática penal. En ambos casos la acción tiene un contenido humano y, por tanto, capaz de ser valorado jurídicamente.

Veamos, pues, esta valoración en lo relativo únicamente a los delitos culposos.

III. ANTIJURIDICIDAD TIPICA

1. Elemento subjetivo

Supuesto ya el concepto de acción de los delitos culposos, digamos ahora algo acerca de la tipicidad y antijuridicidad, temas tan íntimamente unidos y relacionados con el problema de la acción, tanto que su estudio nos obligará, quizá, a repetir algo de lo dicho en las páginas anteriores.

Comencemos exponiendo la postura adversa de BAUMANN en su excelente «Strafrecht. Allg. Teil» (57). Según este gran penalista, parece ilógico, o al menos oscuro, en la teoría finalista, por qué los tipos en los delitos dolosos describen totalmente la figura delictiva, en cambio, en los culposos necesitan un complemento. Ante todo, reconozcamos que en esta objeción BAUMANN describe breve, pero acertadamente, lo que la teoría finalista entiende por figura delictiva en los delitos dolosos y culposos. En los primeros se trata de la descripción concreta de la conducta prohibida; la descripción del contenido de la norma, o de su materia. Es una institución conceptual (58). En los segundos, por el contrario, la conducta no está descrita en la ley, sino sólo insinuada, bosquejada, siendo necesario que el juez complete esta descripción según una orientación legal (59). Reconocemos, pues, acertada la base de la objeción de BAUMANN, pero creemos que es desacertado el protestar contra esta diferencia. Nos parece que esta dificultad admite dos soluciones.

Primera. El delito doloso puede ser descrito totalmente por el legislador porque prohíbe el contenido directo de la voluntad: matar, robar, lesionar. En cambio en los culposos, y más aún en los delitos de tráfico, no puede el legislador abarcar todas las mil formas posibles causantes del resultado dañoso: se puede causar una muerte por conducir a excesiva velocidad, por adelantar en una curva, por conducir ex-

(57) BAUMANN, *Strafrecht. Allg. Teil*² (Bielefeld, 1961), págs. 358 y sigs.

(58) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*⁷ (Berlín, 1960), pág. 48. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling* (Karlsruhe, 1957), págs 114 y sig.

(59) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, págs. 114 y sigs.

cesivamente cerca del vehículo anterior, por retroceder imprudentemente, por violar el derecho de preferencia, etc.; por limpiar descuidadamente los cristales, por preparar suciamente la comida, etc. Sería utópico pretender que el legislador describiese, tipificase directa, «cerradamente», todas estas modalidades. Ante tal incapacidad debe limitarse a fijar una imagen rectora que oriente al juez en su función de completar los tipos insinuados «abiertos» en la ley de modo semejante a lo que sucede en los delitos de comisión por omisión (60).

La segunda respuesta sería que la teoría finalista reconoce una verdadera categoría de indicio de antijuricidad a la realización del tipo doloso y el culposo si consideramos el tipo en su totalidad: incluyendo el tipo objetivo y el subjetivo, es decir, abarcando también la finalidad específica. En cambio, si los consideramos escuetamente en su formulación objetiva, prescindiendo de uno de sus elementos esenciales, el finalista (dolo o negligencia), entonces niega a la realización de ambos tipos toda categoría de indicio de antijuricidad.

A BAUMANN no le satisface esta respuesta, pues para él basta la mera causación externa del resultado dañoso para suponer ya la antijuricidad, en tanto que para la teoría finalista no basta esta causación fáctica del hombre, sino que exige además un elemento subjetivo, la violación de la diligencia debida. WELZEL niega que la mera presencia de las características «externas» de la figura del delito (resultado) indique la antijuricidad (61). Aquí radica la principal diferencia entre ambas teorías.

Ante esta divergencia de opiniones no dudamos en inclinarnos hacia el rector de la Universidad de Bonn. Clara y repetidamente expone WELZEL esta doctrina y la explica con el ejemplo antes citado del accidente entre los conductores A y B al cortar A la curva. Esta exigencia, de que el autor haya obrado objetivamente con negligencia contra el cuidado debido, nos parece sumamente acertada. Y creemos que lo contrario es desconocer la psicología humana y reducir las acciones penales a meros complejos de movimientos, reacciones ciegas meramente físicas, restos de teorías hace tiempo superadas en el campo científico (62).

Quizá se aclare nuestra opinión con un ejemplo: X, comerciante en bancarrota, en un momento de expansión en el café anuncia a sus amigos que, para evitar los disgustos de su fracaso comercial, ha determinado suicidarse y va a tirarse al tranvía de la línea Z. Esperará su llegada en la calle N, donde pasa el tranvía a gran velocidad por ser una recta deshabitada. Esperará escondido detrás de un árbol y en cuanto se aproxime el tranvía se tirará bajo sus ruedas. Efectivamente, ese mismo día al atardecer realiza su plan y, a consecuencia de ello, sufre

(60) NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Tübingen, 1951), págs. 43 y siguiente, 62 y sigs.

(61) BAUMANN, *Strafrecht...*, pág. 358.

(62) JESCHECK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre*, en *ZgStW*, 73 (1961), págs. 190 y sigs.

lesiones graves en ambas piernas. Según la teoría tradicional (63), el conductor del tranvía ha causado estas lesiones graves a X y debe comparecer ante el juez, que examinará la antijuridicidad y culpabilidad de su acción... Según la teoría finalista, si el conductor ha conducido diligentemente, como suponemos en el caso, no es autor de lesión alguna. El único autor es X. El juez puede y debe ahorrarse toda posterior averiguación para buscar causas justificantes o exculpantes. Tal averiguación trabajosa no tiene razón de ser, según una dogmática realista, prudente y ontológica. BAUMANN replicará rechazando esta atención al elemento finalista como una excesiva acentuación del desvalor de la acción, con menosprecio de la consideración debida al resultado. Nosotros, por el contrario, creemos que la teoría tradicional acentúa excesivamente el resultado con evidente menosprecio de la consideración debida al aspecto humano de la conducta (64).

En resumen, la objeción principal de la teoría tradicional, tan acertadamente expuesta por BAUMANN, tiene un doble aspecto: primero, niega que la negligencia deba incluirse en el tipo; y segundo, rechaza que esa negligencia objetiva, no descrita en la ley, pueda y deba ser completada por el juez. En ambas dificultades subraya, como una común tercera dificultad, la falta de paralelismo entre los delitos dolosos y los culposos. Nuestra respuesta puede resumirse en dos frases: la negligencia es un elemento ontológico y jurídico inseparable de la acción culposa por razones ontológico-jurídicas y de notas semejantes, pero no idénticas, con el dolo; éste consiste en una relación directa entre la conciencia y el resultado, mientras que la segunda supone una relación indirecta y, por tanto, imposible de abarcar por el legislador, que debe limitarse a indicar al juez el criterio para rellenar lo bosquejado en la ley.

¿Cuál es la imagen rectora que orienta al juez en su función de completar el tipo legal en los delitos culposos?

En los delitos de comisión por omisión suele admitirse como criterio orientador la figura del «Garante» u obligado a prevenir y evitar el resultado dañoso: los padres obligados a alimentar a sus hijos, el oficial de prisiones responsable de evitar toda fuga clandestina, el anestesista garante de la oportuna y prudente inconsciencia del operado, etcétera. De modo semejante, en los delitos culposos el parágrafo 276 del Código civil alemán proporciona una fórmula o imagen rectora al decir que «actúa negligentemente quien viola el cuidado o atención exigibles en el trato social». El Código penal español nos proporciona una fórmula

(63) DUBS, *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, en *SchZSt*, 78 (1962), págs. 35 y sigs., *BGHStr*, 1, pág. 332.

(64) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte* (Karlsruhe, 1961), págs. 10 y sigs. Cfr. la excelente monografía de WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft²* (Karlsruhe, 1959), págs. 52 y sigs.

parecida en el tan criticado caso fortuito del artículo 8.º, 8: «El que en ocasión de ejecutar un acto lícito *con la debida diligencia...*»

Admitida esta formulación externa de la imagen rectora, digamos algo de su contenido y del método que debe guiar su aplicación.

WELZEL, apoyándose principalmente en la jurisprudencia alemana, concluye que el contenido de esta expresión debe extraerlo el juez de la vida real, en particular de la conducta que el hombre juicioso y cauto hubiera tenido en la situación concreta del caso presente. Debe tener en cuenta dos aspectos: la observación objetiva de que tal acción o tal circunstancia es peligrosa (aspecto intelectual) y junto a ella, para evitar que el Derecho prohíba toda acción o circunstancia peligrosa, el segundo aspecto, el normativo, que determina si la circunstancia es excesivamente peligrosa, si supera la adecuación social (65).

El primer aspecto se reduce a la mera observación fáctica de un peligro, mientras que el segundo supone una precaución normativa, una valoración concreta. La suma de estos dos aspectos proporciona al juez (66) el contenido de la diligencia debida en cada caso concreto. Este criterio metódico es preferible al criterio material de la *lex artis*, en la cual encontramos una plasmación más concreta, pero menos flexible y de menor ámbito de aplicación. La *lex artis* nos dirá, por ejemplo, si fue prudente o no la utilización de los frenos que en tal circunstancia dejó en la carretera una huella de cinco metros, pero no podrá valorar la conducta del «taxista» que coaccionado por unos delincuentes pistola en mano hace caso omiso de la luz roja en un cruce, y otros mil casos más.

Una vez que el juez tenga constancia de que el autor se condujo contrariamente a como se hubiera conducido un hombre juicioso y cauto, conoce ya la característica más fundamental de los delitos culposos, el elemento final o formal de su tipicidad.

2. Elemento objetivo

La otra faceta de la tipicidad, la característica *material*, es el resultado. También en este punto la teoría finalista se aparta de la teoría tradicional. Según ésta el resultado dañoso en el que haya intervenido, aunque sólo sea como condición, un hombre, basta para que tal acción y tal autor (teoría de la equivalencia de condiciones) sean objeto del Derecho penal. Tal resultado constituye esencialmente la razón y medida de la tipicidad y antijuridicidad. Esta pretensión es muy lógica den-

(65) WELZEL, *Fahrlässigkeit...*, págs. 15 y sigs. NIESE, *Finalität...*, págs. 60 y siguiente. HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en *ZgStW*, 74 (1962), páginas 78-135, con abundante y selecta información bibliográfica. FREY, *Heilen statt strafen* (Zürich, 1962), págs. 4 y sigs. L. MARTIN, *Die Rechtsprechung des BGH. in Verkehrsstrafsachen*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 61-75, especialmente págs. 62 y siguientes.

(66) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, pág. 48.

tro del sistema tradicional con su estricta separación de elementos objetivos (tipicidad y antijuricidad) y subjetivos (culpabilidad) (67); pero, sin embargo, nos parece injusta. Por eso ya antes de la teoría finalista han surgido brotes de reforma con una más acertada pretensión de superar esa injusticia en la teoría de la causalidad (68), o reduciendo el resultado a mera condición objetiva de penalidad (69).

Entre los autores que más han removido este terreno sobresale ENGISCH (70), cuyos estudios recoge WELZEL y reforma e informa sistemáticamente. WELZEL considera el resultado como relevante en Derecho penal en tanto en cuanto es la realización de la negligencia. Sólo en este sentido lo considera en el tipo del delito como elemento no constitutivo, sino limitativo o selectivo del tipo. El resultado selecciona del conjunto innumerable de acciones negligentes aquellas que merecen consideración típica. Sólo entran en Derecho penal las acciones negligentes que abocan en un resultado dañoso o peligroso, según los casos. La razón de esta limitación es de practicabilidad y de justicia en cierto sentido.

El resultado, pues, para ser típico, según la teoría finalista, debe ser una consecuencia clara de la violación del cuidado objetivo.

3. Relaciones de ambos

Si, como sucede con frecuencia en los accidentes de tráfico, el resultado dañoso proviene de una acción que ha guardado las reglas de tráfico (el cuidado del hombre juicioso y cauto), de un chófer, para tratar de un caso concreto, que conduce con cautela y discreción, pero a pesar de ello en un cruce atropella a un niño que se lanzó súbitamente a la carretera y le causa la muerte, los finalistas niegan la tipicidad. Esa muerte no es relevante en Derecho penal; se trata de un accidente en sentido propio de la palabra, o como formula NIESE, de una mala suerte, no de una mala conducta: «Unglück, aber kein Unrecht.» La teoría tradicional, en cambio, sostiene que la acción es típica y antijurídica, pero inculpable. La mayoría de las veces aducirá la causa de exclusión de culpabilidad de nuestro artículo 8.º, 8. Naturalmente, este criterio nos parece desacertado e injusto, entre otras razones porque «qui iure suo utitur neminem laedit». Si la acción era permitida y justa antes de causar el resultado mortal (y partimos de este supuesto), lo será

(67) JESCHECK, *Die Entwicklung...*, págs. 185 y sig.

(68) NAGLER, *Leipziger Kommentar*⁶ (Berlín, 1944), págs. 54 y sigs. PEREDA, *El principio de causalidad en el Derecho penal*, en *Pensamiento*, 2 (1946), págs. 179-199.

(69) VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo* (Milano, 1952), págs. 54 y siguientes. WELZEL, *Fahrlässigkeit...*, págs. 20 y sigs. CEREZO, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, en *ZgStW*, 71 (1959), pág. 141, con selecta bibliografía italiana.

(70) ENGISCH, *Untersuchungen über Vrsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlín, 1930).

también después de causarlo, pues éste no puede cambiar la naturaleza de la acción.

Muchos autores niegan insistentemente esta conclusión. Les parece absurdo. Su argumento es el siguiente: si N al ir el sábado por la mañana de excursión pasa por una ciudad a setenta kilómetros por hora sin que ocurra ningún percance, pero al volver el domingo pasa por el mismo sitio con la misma velocidad y atención y atropella a una madre de familia, no puede admitirse en recto sentido común la equiparación de ambas conductas. La segunda es totalmente diversa. Negarlo sería no dar importancia a una vida humana, a la que N *ha causado la muerte*.

Nuestra respuesta es sencilla. La teoría finalista equipara ambas conductas, pues insiste en que lo principal desde el punto de vista jurídico, y precisamente por resaltar la dignidad humana, es el desvalor de la acción. Si no castiga la primera es por razones de política criminal, por imposibilidad fáctica; lo contrario pondría en peligro la seguridad jurídica. Creemos que puede evidenciarse nuestro criterio suponiendo el caso contrario: si N conduce prudentemente a la ida y a la vuelta, pero sin culpa de nadie (más claro sería el caso de que el peatón tuviese la culpa), por ejemplo, porque se lanza un niño a la carretera, le atropella y causa su muerte. Creemos innegable que el sentido común se opone a calificar de injusta esta su manera de conducir. Quizá la sensibilidad muestre cierta protesta, pero ésta es ilógica.

Según BAUMANN, la teoría finalista en este punto amplía excesivamente los casos de antijuridicidad fortuita, mejor dicho, niega tal antijuridicidad, que en el Derecho penal (prescindimos nosotros ahora del efecto en el Derecho civil) tendrá como consecuencia una excesiva y dañosa limitación de la legítima defensa (71). La objeción de BAUMANN tiene sólidos argumentos en su favor y abarca muchos casos de la vida real, en concreto en el campo de los delitos culposos de tráfico y sus similares, accidentes en la vida industrial de trabajo, responsabilidad médica, etc. Supongamos, por ejemplo, que el agente actúa según el cuidado exigido en una actividad de peligro permitido: si el resultado no es dañoso, la acción será totalmente lícita, nadie podrá objetarle injusto alguno al autor. Pero si el resultado, a pesar de una conducta tan diligente como en el caso anterior, produce o amenaza producir un daño grave a un inocente, éste debe poder defenderse contra el autor. Lo cual obliga a calificar, opina BAUMANN, la acción como injusta para que la víctima pueda usar de la legítima defensa, la cual requiere una agresión ilegítima. De lo contrario, si la acción no es típica, ni injusta, la víctima tiene las manos atadas, no puede defenderse legítimamente contra el agente; lo cual nadie acepta.

Nosotros creemos que puede encontrarse otra solución más de acuerdo con la realidad y la dogmática penal. Suponemos y mantenemos que la víctima debe poder defenderse, pero creemos que no es necesario

(71) BAUMANN, *Strafrecht...*, págs. 358 y sig.

suponer que se trata de una legítima defensa en sentido propio de la terminología penal, pues hay otras instituciones que, sin necesidad de suponer injusta la acción peligrosa excusan la conducta antijurídica de la víctima; según las circunstancias del caso concreto, se podrá acudir a la no existencia del acto humano, si la «defensa» es un acto instintivo, *primo primi*, o a la de inexigibilidad de otra conducta o quizá más propiamente de un estado de necesidad.

La inexigibilidad de otra conducta rompe la ordinaria correlación entre Derecho y Deber, por mediar una causa subjetiva de inculpabilidad. Por ejemplo, si al cruzar la calle distraído por la conversación de mi acompañante me expongo culpablemente a ser atropellado por un coche conducido prudentemente, nadie me reprochará que haga lo posible por defenderme, por no exigibilidad de otra conducta, pero no por legítima defensa. Esta tendría lugar si al cruzar la calle en el lugar y tiempo debidos me veo en peligro de ser atropellado por un coche conducido imprudentemente.

El estado de necesidad rompe también la ordinaria correlación entre Derecho y Deber. Al derecho de actuar, por ejemplo, del maquinista que maneja una grúa peligrosa, no corresponde, en el amenazado gravemente por esa grúa, el deber de respetar tal derecho. La razón de esta excepción a la regla general me parece ser la siguiente: en muchas actividades humanas, y sobre todo en las acciones de peligro permitido, entran en juego mil circunstancias, más o menos imponderables, más o menos independientes del autor, por efecto de las cuales puede abocar la acción en resultado gravemente dañoso para un tercero. La necesidad de la vida real obliga a permitir tales peligros, de lo contrario habría que prohibir toda la industria técnica en su mayor parte y, desde luego, todo el tráfico rodado. Por otra parte parece justo que cuando se produzca el resultado dañoso —el accidente— ante la necesidad de que alguien cargue con ese resultado dañoso, parece justo, digo, que el Derecho conceda prevalencia a la víctima antes que el autor. Entre otras razones porque el autor ha entrado voluntariamente en ese peligro, movido por las perspectivas favorables que le puede reportar su acción. En cambio la víctima, a las inmediatas, sólo puede reportar resultados negativos. Decimos «a las inmediatas» porque mediatamente se beneficia también la víctima y la sociedad toda (72).

Con esto creemos haber respondido a la objeción de BAUMANN: reconocemos que la teoría finalista limita el campo de la legítima defensa. Pero creemos que esta limitación corresponde a la realidad y a la justicia. La actividad permitida por el Derecho no es antijurídica si se realiza según el cuidado debido.

Por otra parte, y adelantando ya algo a lo que trataremos en el capítulo siguiente, nos parece importante resaltar que no admitimos en

(72) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las leyes españolas sobre los accidentes de circulación*, en *ReDeEsA*, 7 (1962), págs. 202 y sig.

estos casos pena alguna contra el autor de la acción peligrosa, pues actúa justamente.

Otro problema quizá más real e interesante, dentro de la relación entre conducta negligente y resultado, es el que discute la antijuridicidad de un resultado producido por una acción negligente, pero que también se hubiera producido sin ella. WELZEL pone el ejemplo del médico que en una operación inyecta distraídamente novocaína en vez de cocaína, por lo cual muere el paciente; pero al hacerle la autopsia se descubre que, a causa de una enfermedad oculta e imposible de diagnosticar en el reconocimiento precedente, hubiera muerto también con la inyección de cocaína (73). En este caso, dice WELZEL, la acción no es típica, pues falta no la relación de causalidad, sino la vinculación presupuesta por el *Tatebestand* precisamente entre el resultado y la violación del cuidado. Por eso la negligencia es irrevelante y el médico, inocente.

Para considerar esta acción negligente como típica debe constar con la mayor probabilidad y verosimilitud que el resultado proviene de la negligencia precisamente.

De modo semejante opina CEREZO que «la muerte no dolosa del peatón es sólo típica si se ha producido precisamente a causa de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Si la muerte del peatón se hubiera producido aunque el conductor hubiera observado el cuidado objetivamente debido, es decir, aunque no hubiera conducido a velocidad excesiva, la lesión del bien jurídico no será típica» (74).

No nos parece acertada la solución ni la argumentación de estos autorizados penalistas. Creemos que, tanto el médico como el chófer, son causantes de una acción típica y reos de un delito culposo de homicidio por la sencilla razón de que la muerte real y concreta de que tratamos la han causado ellos con su negligencia. En tanto que la muerte futurible, la que «se hubiese producido aunque el autor hubiera observado el cuidado...», esa muerte no existe y, por tanto, no puede tomarse en cuenta. No tiene relevancia penal, pues no tiene existencia. Los futuribles no son objeto del Derecho penal. Ambos autores opinan que la muerte no es típica porque no se ha producido precisamente por la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Aquí enuncian con acierto una formulación teórica, pero creemos que la aplican erróneamente, pues la muerte se ha causado precisamente a causa de esa negligencia, según lo dice el mismo enunciado del caso propuesto.

Y según lo dicho anteriormente podemos concluir que, siempre que

(73) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, págs. 118 y sig. Idem, *Fahrlässigkeit...*, página 21. En sentido parecido, SCHÖNKE-SCHRÖEDER, *Kommentar*, Anmerk, 6, a), zu § 59 del Código penal alemán. Más acertada nos parece la opinión contraria. Cfr. SPENDEL, *Strafrecht und Strafverfahren im Strassenverkehr*, en *Deutsche Landesreferate zum VI. Intern. Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg* (Berlín, Tübingen, 1961), pág. 370. BAUMANN, *Kausalzusammenhang bei Fahrlässigkeiten*, en *DeAuR*, 24 (1955), pág. 210.

(74) CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en *AnDeP*, 14 (1961), pág. 65.

se presente una acción objetivamente negligente causante de un resultado dañoso, o de un peligro relevante tipificado (75), hemos de considerar en ese conjunto de elementos formal y material un indicio de antijuridicidad que sólo puede ser excluido por la presencia de alguna causa de justificación.

Esta doctrina está de acuerdo con el concepto genérico de antijuridicidad, como la oposición *al orden jurídico en general* de una conducta que realiza (resultado) la figura delictiva plasmada en una norma concreta (76), y con el concepto específico de la misma, en delitos culposos, como aglomerado constituido por un núcleo fundamental, decisivo, que se halla en la disconformidad de la acción concretamente realizada frente a la conducta que según el cuidado y la diligencia exigidos en la vida social debía haber sido realizada, y un elemento secundario selectivo (el resultado dañoso) que algunos denominan condición objetiva de punibilidad (77).

IV. CULPABILIDAD

1. Concepto; antecedentes

Una de las principales objeciones contra la teoría finalista consiste, como gráficamente expresa JIMÉNEZ ASÚA, en que ha colocado el carro delante de los bueyes (78). Mientras la teoría tradicional estudia el dolo y la culpa en el último estrato de la dogmática del delito, WELZEL adelanta ambos elementos al estrato inicial: la acción.

Contra esta «voltereta» dogmática objetan muchos autores que, si el dolo y la culpa pertenecen a la acción, carecerá de objeto la culpabilidad. Con otras palabras, según estos autores, la teoría finalista ha dejado sin contenido y sin objeto el último y definitivo estrato de la dogmática del delito. Ha puesto el tejado en el suelo.

Para responder a esta objeción hemos de explicar el concepto finalista de culpabilidad, su contenido y su fundamento y su misión en el campo de los delitos culposos.

(75) El peligro que aquí se tipifica es un peligro concreto, "in actu", no el peligro abstracto, en potencia, que se supone en toda violación de la *lex artis* o en toda acción negligente. WELZEL, *Fahrlässigkeit...*, págs. 22 y sig. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las leyes españolas...*, págs. 184 y sigs. ROSAL, *La nueva ley española sobre uso y circulación de vehículos de motor*, en *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini* (Padova, 1954), págs. 169 y sig.

(76) ARMIN KAUFFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* (Göttingen, 1954), págs. 144 y sigs. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, pág. 48.

(77) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, pág. 113. Idem, *Fahrlässigkeit*, páginas 20 y sigs.

(78) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, 1956), t. V, páginas 196-215.

Etimológicamente, la palabra alemana *Schuld* proviene de la palabra gótica *skal* (que significa yo debo); *skulan* significa deber y tiene un significado parecido al que le atribuimos en castellano, en el lenguaje vulgar, «el que tiene la culpa, que lo pague».

Dogmáticamente podemos definir la culpabilidad, apoyándonos parcialmente en BAUMANN (79), como la reprochabilidad de la relación interna psicológica del autor con su acción. La valoración misma constituye el juicio de reproche, que no debemos confundir con la reprochabilidad, y tiene su sede en la cabeza del juez, como personificación del orden jurídico (80).

Abrazamos la concepción normativa, entre otras razones, porque, como nos indica JESCHECK (81), la concepción psicológica no consigue aclarar la interdependencia y relación interna de las varias características de la culpabilidad ni logra interpretar rectamente la violación del cuidado debido como elemento constitutivo de los delitos culposos y se opone, por su concepción meramente descriptiva, a la interpretación de la culpabilidad como «desvalor» (*Unwert*) ubicado en la personalidad del autor y no llega a formar un concepto genérico de la culpabilidad. En cambio, la teoría normativa supera en gran parte estas aporías e indica el camino que hay que andar para llegar a estructurar correctamente los delitos culposos.

En este camino han avanzado grandes pasos FRANK, BELING, GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL y DOHNA. Este, sobre todo, con su acertada contraposición entre el objeto de la valoración (dolo-culpa) y la valoración del objeto (culpabilidad), deja así limitada la función de ésta a la valoración o normativización del objeto. WELZEL ha ido más adelante, para algunos quizá demasiado adelante, al señalar claramente el objeto de la valoración ubicando el dolo o negligencia (que lógicamente para DOHNA es un dato superfluo en la culpabilidad) en la acción, y a través de ella en la tipicidad. De este modo el contenido de todos los estratos del delito cobran una coloración más subjetiva, más humana, con notas que antes enturbiaban y embrollaban el concepto y el contenido de la culpabilidad, sin que hayan perdido importancia ninguno de los elementos esenciales de la dogmática del delito. Al contrario, cada uno de ellos ha encontrado su sitio y función correspondiente. Así se facilita una lógica estructuración de la sistemática general y una más congruente formulación y solución de los diversos problemas principales, como pueden ser los correspondientes al error, tentativa, participación, etc. (82).

(79) BAUMANN, *Strafrecht. Allg. Teil*² (Bielefeld, 1961), págs. 288 y sigs. Idem, *Schuld und Verantwortung*, en *J. Z.*, 17 (1962), págs. 41-48.

(80) Después detallaremos nuestras divergencias con la doctrina de BAUMANN con respecto a la culpabilidad.

(81) JESCHECK, *Die Entwicklung...*, pág. 194. DARIO SANTAMARÍA, "Colpevolezza", en *Enciclopedia del Diritto*, t. VII (1960), págs. 646-666. JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, 1956), t. V, págs. 148 y sigs. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (Barcelona, 1959), pág. 62.

(82) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, págs. 121 y sigs.

Lógicamente WELZEL describe la culpabilidad como un desvalor característico y propio de la acción del reo, inherente a esa misma acción, no al juez. Por eso decimos en castellano que el reo tiene la culpa o que él es culpable. Pero ese desvalor, continúa WELZEL, no es un estado de alma en sí, sino un concepto normativo que enuncia su juicio acerca de una relación psíquica con fundamento *in re*. En adelante, pues, cuando hablemos de culpabilidad, entendemos el desvalor de la voluntad de la acción realizada finalmente. No la voluntad objetivamente, sino la voluntad normativamente considerada es la que aquí nos interesa. Por eso no decimos que el delincuente es culpa ni que tiene o él es culpabilidad.

2. Contenido

Indicado ya el concepto finalístico de la culpabilidad en los delitos culposos, podemos estudiar ahora su objeto o contenido.

Así como en la teoría tradicional todo lo objetivo se reservaba a la antijuridicidad, y todo lo subjetivo a la culpabilidad, de modo semejante, no idéntico, en la teoría finalista corresponde a la tipicidad y antijuridicidad, como elemento formal, la inobservancia de la diligencia *objetivamente* debida, mientras que a la culpabilidad corresponde la inobservancia de la diligencia *subjetivamente* debida. Con otras palabras, la misión de la culpabilidad es reprochar al autor que no ha actuado como *él en concreto* debía y podía haber actuado, que no ha prestado la atención que él podía y debía haber prestado. O bien: la previsibilidad y voluntariedad objetivas se consideran en el tipo, mientras que la previsibilidad y voluntariedad subjetivas forman el objeto de la culpabilidad (83).

Como indica NIESE (84), aun cuando nos conste que el autor ha actuado negligentemente, que ha violado las normas de conducta de un hombre cauto y prudente, y por eso ha actuado típica y antijurídicamente, sin embargo, no nos consta todavía que haya actuado culpablemente. La culpa natural no implica siempre la culpa mala, como el dolo natural no implica el dolo malo. La constancia de la violación de la diligencia objetivamente debida es sólo fundamento para una exploración acerca de la culpabilidad. El reproche se apoya inicialmente, pero no exclusivamente, sobre el criterio de la violación de la diligencia objetivamente debida en la vida social. A ésta ha de sumarse la violación de la diligencia subjetivamente debida. Determinar su presencia o ausencia es la misión de la culpabilidad; misión muy diversa de la correspondiente a la acción y tipicidad, tanto que, a veces, una misma conducta e injusto puede ser reprochable o no, según la valoración propia de la culpabilidad.

Si el autor, dadas sus características personales y las circunstancias

(83) WELZEL, *Fahrlässigkeit...*, pág. 30.

(84) NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit...*, pág. 63.

concretas del hecho en cuestión, no podía subjetivamente llenar los requisitos objetivamente exigidos, en este caso su acción será típica y antijurídica, pero no culpable. En cambio, si el autor podía subjetivamente llenar esos requisitos, la acción será culpable. Esta diferente calificación es tarea propia y exclusiva de la culpabilidad.

Recordemos el caso del taxista que, amenazado pistola en mano por unos delincuentes, prescinde de las señales luminosas. Si por ello causa la muerte de un peatón, su acción es típica y antijurídica, sin duda alguna; pero en cambio la culpabilidad tiene en este caso un campo de estudio indudable en cuanto a la ausencia, presencia y grado de reprochabilidad.

Con lo dicho creemos que aparece evidente lo infundado de la objeción, según la cual en la teoría finalista la culpabilidad carece de contenido y misión.

Sin embargo, dada la importancia suma de este problema, vamos a considerar la opinión de los adversarios. Para no extendernos demasiado nos limitamos a considerar las objeciones de BAUMANN, que tiene, entre otras, la virtud de resumir acertadamente las opiniones de los más importantes autores, añadiendo inteligentemente su peculiar punto de vista. La teoría de la culpabilidad en la teoría finalista, dice BAUMANN, es pura y exclusivamente normativa, «rein wertend, rein normativ» (85), sin atender al contenido psicológico subjetivo del autor.

Reconocemos que algunos finalistas dan pie en algunas de sus expresiones para sospechar que van excesivamente lejos en las conclusiones de la concepción normativa. Pero en general creemos que el profesor de Tübingen exagera en su formulación, pues, como él mismo reconoce, WELZEL dice textualmente lo contrario en algunos pasajes (86). Y sobre todo, según nuestro parecer, porque el conjunto de la teoría finalista presenta la culpabilidad como reprochabilidad, cuyo objeto es el desvalor inherente a la acción misma, inherencia que aparece más evidente desde que la negligencia objetiva pertenece a la acción como su elemento más importante. En resumen: no podemos decir que los finalistas conciben la culpabilidad como mera valoración objetiva, sin fundamento. Todo lo contrario, como algunos de sus adversarios les objetan, pues asignan a la culpabilidad la misión de analizar las mil circunstancias particulares y subjetivas del autor. Es más, estas notas personales, esta relación concreta de la acción con su autor forman el contenido y fundamento exclusivo de la culpabilidad, pues las notas objetivas han sido ya captadas en la acción y en la tipicidad.

A pesar de todo lo dicho, BAUMANN insistirá en calificar de objetiva la culpabilidad welzeliana. Pues para él la culpabilidad subjetiva es aquella que proviene de un juicio de reproche del mismo autor: cuando

(85) BAUMANN, *Strafrecht...*, págs. 290 y sig.

(86) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, pág. 121, § 19, II, 2,

el mismo delincuente decide sobre su culpabilidad (87). En este sentido se podría decir que la teoría finalista propugna una culpabilidad objetiva, pero en terminología normal no se dirá objetiva, sino externa al delincuente. WELZEL usa la distinción objetiva-subjetiva en otro sentido: será objetiva la culpabilidad que escoge como baremo la prudencia de un *homo bonus*, y subjetiva la que se fija en la conducta que el autor éste concreto podría haber observado. Si aceptamos la terminología welzeliana decimos que la culpabilidad debe ser subjetiva. Si aceptamos la terminología de BAUMANN decimos que debe ser objetiva. Pues se condena al delincuente no por el juicio malo que él tiene de sí, sino por el juicio desaprobatorio que el juez —personificación del orden jurídico— tiene de él. El juicio de reproche jurídico tiene su sede en la cabeza del otro, aunque su fundamento esté en la conciencia del autor. Con razón dice MEZGER que el reproche jurídico (88) no es autónomo, sino heterónomo. Ciertamente, como indica BAUMANN, el juez debe conocer el juicio, la relación interna subjetiva del autor con su hecho, y aun su misma valoración autónoma sobre su conducta, pero no para copiarla, sino para criticarla. En concreto deberá tener en cuenta el juez toda la problemática complicada del error, de la responsabilidad atenuada, etcétera. Pero también debe tener en cuenta, contra lo que opina BAUMANN (89), que el delincuente valora por lo general equivocadamente su conducta. La psicología moderna apoya el parecer de DOSTOIEWSKI: el delincuente considera, por lo general, su acción como una acción objetivamente injusta, pero subjetivamente, por las circunstancias externas o internas, justa o necesaria y quizá aun heroica y laudable. De todos modos, aunque así no fuese, y reconocemos que no lo es siempre —la doctrina de DOSTOIEWSKI tiene aplicación principalmente para los delincuentes paranoicos— (90), sin embargo, debemos mantener que la valoración jurídica pertenece al juez, no al delincuente. Esta aclaración tiene importancia siempre, pero especialmente en los delitos de tráfico, pues en casi todos los casos el conductor, apoyado parcialmente en su experiencia anterior (otras mil veces ha conducido a marcha excesiva o ha adelantado en tales condiciones peligrosas y, sin embargo, no le ha pasado nada), actúa con la conciencia esperanzadora de que su conducta no es delictiva.

En estos y otros muchos casos, aunque el autor realice la acción con la conciencia de obrar rectamente, podemos declararle culpable. Así lo opinan los dogmáticos casi unánimemente. Pero la unanimidad desaparece al pretender fundamentar su opinión.

(87) BAUMANN, *Strafrecht...*, págs. 288, 293 y sig. Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (Heidelberg, 1961), págs. 174 y sigs.

(88) Quizá sea autónomo el ético, pero de éste no tratamos aquí; y desde luego, ni el ético es autónomo en el sentido estricto de la palabra. Cfr. BAUMANN, página 285.

(89) Página 292.

(90) PIGEM, *El peritaje psiquiátrico en las paranoias y reacciones paranoides*, en *Symposium de psiquiatría forense* (Madrid, 1958), págs. 181-214.

3. Fundamento

Llegamos, por fin, al punto más importante de nuestro estudio: la fundamentación de la culpabilidad. En cuanto al fundamento genérico de la culpabilidad, nos limitamos a la mera —y un poco simplista— enunciación de los principios clásicos: libertad e imputabilidad.

Actualmente la mayoría de los autores admiten el libre albedrío (91). WELZEL lo considera como elemento constitutivo de la persona humana exigido por su dimensión antropológica, caracteriológica y categorial.

En cuanto a la imputabilidad, reconocemos la dificultad de poder afirmar si tal hombre concreto, en tal circunstancia concreta, era realmente capaz de que se le imputase la acción (92). Sin embargo, creemos que muchas veces puede admitirse la imputabilidad, considerándola no como juicio teórico, sino como juicio existencial de dimensión comunitaria; implica el reconocimiento de otro *tu*, como sujeto similar, capaz de determinaciones intencionales y, por tanto, responsable lo mismo que *yo*; de mi responsabilidad tengo constancia de rasgos ético-jurídicos. Naturalmente, este juicio presenta menos dificultad en su formulación negativa: tal persona, niño, demente, etc., no es imputable. Pero a veces puede formularse también positivamente, pues nos puede constar de la capacidad del autor para comprender la ilicitud o antijuridicidad de su acción y para conformar rectamente su voluntad a ese juicio. La presencia de ambos elementos, intelectual y volitivo, en un sujeto libre fundamenta la culpabilidad en general.

Pero refiriéndose a nuestro problema concreto, ¿cuál será el fundamento de la culpabilidad en los delitos culposos de tráfico en los que, por definición, falta alguno de esos elementos, o los dos (culpa inconsciente)?

Suponemos conocidas y superadas las opiniones de aquellos escasos autores que niegan la culpabilidad en los delitos culposos (93). Frente a ellos la mayoría de los penalistas la admiten. Podemos agruparlos en tres bloques.

Hoy parece que predomina en la dogmática y en la práctica (94) la

(91) HILDE KAUFMANN, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, en *J. Z.*, 17 (1962), págs. 193-199, con amplia información bibliográfica. JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform* (Tübingen, 1957), pág. 20...

(92) Dificultad real y seria, pero exagerada actualmente en algunos sectores científicos.

(93) BAUMGARTEN, *Die Verbrechensformel*, en *SchZSt.*, 34 (1921), págs. 58-104, especialmente 6 y sig. GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht* (Zürich, 1942), págs. 88 y sigs., 94 y sigs. KOLORAUS, *Die Schuld*, en *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs* (Berlín, 1910), t. I, págs. 179, 208, 224... Cfr. STUBEL, DORADO, etc.

(94) ALTAVILLA, *Les problèmes posés dans le Droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles*, en *ReIntDP*, 32 (1961), págs. 763-789. La doctrina actual retorna a la concepción romana de la culpa como "lo que, pudiendo haber sido previsto por una persona diligente, no se previó" ("culpa in esse, quod a diligente provideri potuerit, non esse provisum", Dig. 9, 2, 31).

teoría intelectual o de la previsibilidad. Frente a ella, insignes penalistas como BINDING, ENGISCH, etc., opinan que el punto fundamental de la culpabilidad culposa radica en la voluntad (95). Por fin, un tercer grupo de autores subrayan aspectos particulares, como EXNER: insuficiente formación de un sistema de valores exigido por el correspondiente sistema jurídico; HAFTER: discordancia del poder y querer con la obligación (96), etc.

Nosotros creemos que la culpabilidad tiene un fundamento también en los delitos culposos, incluso en el caso más difícil (la culpa inconsciente), pero creemos que la teoría tradicional no logró descubrirlo y estructurarlo sistemáticamente. En concreto, la teoría de la voluntad (97) fracasa en su fundamentación de la culpa inconsciente, que coloca en la anterior consciente violación del deber, pues puede darse una cadena sin fin de actos inconscientes. La teoría de la previsibilidad nos parece que adolece de imprecisión y vaguedad, pudiendo dar pie a abusos y arbitrariedades.

Las teorías del grupo tercero se han olvidado, ni se discuten ya, por falta lógica de secuencias. Sin embargo, proporcionan fecundos puntos de vista. WELZEL se apoya en estos intentos más o menos logrados y en el moderno conocimiento actual de las ciencias filosóficas, sociológicas y antropológicas y consigue fundamentar con más claridad y solidez que los penalistas anteriores la culpabilidad en los delitos culposos.

Considerando la persona humana como un todo y su acción como manifestación y, a la vez, autorrealización de ese todo, la teoría finalista pone el fundamento de la culpabilidad no en la previsibilidad ni en la voluntad «tunc» consciente, sino en la deficiente y culposa formación personal y profesional, que aboca y se manifiesta en la acción dañosa o peligrosa (98). El hombre tiene una personalidad psicológica organizada en estratos (99), más o menos distantes de su centro psicológico, de su yo consciente y dominante. Este centro psicológico no tiene, ni necesita, dominio despótico y actual sobre todas las actuaciones de la persona, sino únicamente controla directa y actualmente las de-

(95) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1919), t. IV, páginas 357 y sigs. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Berlín, 1930), págs. 456 y sigs.

(96) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit* (Leipzig, Wien, 1910). HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht²* (Bern., 1946), págs. 126-130.

(97) MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch³* (Berlín, München, 1949), pág. 356. Aunque la acción culposa termine después, siempre empieza en el momento del acto consciente inicial de la negligencia.

(98) WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, en *ZgStW*, 60 (1941), págs. 428-474. Idem, *Das deutsche Strafrecht...*, págs. 135 y sigs. Cfr. BAUMANN, *Strafrecht...*, página 283 (acciones liberae in causa). La moderna psicología ha dado la razón a la concepción de SANTO TOMÁS —“in improvisis sicut in habitualibus”— de que el hombre responde en lo improvisado como en lo habitual y cotidiano.

(99) PORTMANN, *Le problème biologique dans une anthropologie nouvelle*, en *Une nouvelle école de science criminelle* (París, 1959), págs. 23-41. WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, en *ZgStW*, 60 (1941), págs. 434 y sigs.

cisiones más importantes, dejando el resto bajo el control indirecto de anteriores decisiones almacenadas en los diversos estratos del mundo más o menos subconsciente. Pero, a pesar de esta limitación de control actual, el yo es responsable de algunas de sus actuaciones culposas, aunque sean inconscientes, pues ese yo pudo y debió anteriormente, en el momento de adquisición de los hábitos, tomar consciencia y responsabilizarse por todas sus futuras actuaciones.

En concreto, en la vida del tráfico, el conductor de un vehículo tiene obligación de haber adquirido una adecuada formación profesional que le capacite para actuar rápida y reflejamente en mil circunstancias peligrosas imprevistas e imprevisibles. Es indispensable que, a base de repetición de actos conscientes, se haya familiarizado de tal modo en el manejo del freno, embrague, acelerador, cálculo de distancias, etc., que haya creado en su personalidad una serie de hábitos que en un momento de peligro puedan actuar e instintivamente reaccionar con acierto. Si, sorprendido por el frenazo súbito del coche precedente, no logra dominar su vehículo, será culpable de los daños que ocasione. Pues este resultado dañoso manifiesta su deficiente formación profesional. No es lícito sentarse ante el volante a quien no posee la capacidad requerida.

En el campo moral o ético, el hombre es culpable y responsable «ex tunc» ya inicialmente, cuando omitió, por ejemplo, las horas de ensayo en la escuela de conducción, es decir, cuando formó negligentemente el «archivo», la reserva de «registros» que le han sido necesarios para actuar acertadamente ahora en el momento del peligro real. Pero, jurídicamente, la culpabilidad nace en el mismo momento del daño o del peligro exterior, aunque su fundamento coincida con la culpabilidad ética. Mejor dicho, la culpabilidad ética es el fundamento de la culpabilidad jurídica. Algo así como la pereza durante el curso es la causa de que el estudiante reciba una mala calificación en el examen. El Derecho no puede ni debe juzgar de la culpabilidad ética, de la situación psicológica interna, en sí, pero, en cambio, puede y debe juzgar de ella cuando le consta de su deformidad por una manifestación objetiva, dañosa, antisocial.

En resumen, nos parece que la culpabilidad ética no coincide, pero es el fundamento y medida de la culpabilidad jurídica. Por tanto, al graduar la culpa y la pena, el juez debe tener en cuenta todo el desvalor de la personalidad manifestado en el hecho delictivo. Este desvalor forma realmente una unidad, algo unitario, pero conceptualmente, «cum fundamento in re», puede subdividirse en dos aspectos: intelectual y volitivo.

En cuanto al primero, nos parece conveniente distinguir su valoración, según que la culpa sea consciente o inconsciente. En aquélla se le reprocha al reo la acción, porque y en tanto en cuanto manifiesta una formación intelectual deficiente, pues, dadas las circunstancias, no debía haber confiado que iba a conseguir evitar el resultado dañoso. Un ejemplo: N., que hace muchos años dejó de conducir, después de un ban-

quete pide el coche a uno de sus amigos para dar un paseo; éste le objeta que no debe conducir con su coche, pues es muy potente y hace mucho tiempo que no ha conducido, a lo cual responde N. jactaciosamente: «Estoy cierto que puedo conducir como en mis mejores tiempos; dame las llaves del coche.» Si en el mismo momento de arrancar lanza el coche contra la acera y mata a dos peatones, estamos, sin duda, ante una acción culposa y gravemente culpable, como concederá el lector (100).

En los delitos de culpa inconsciente, el fundamento y grado de culpabilidad ofrece, como indicábamos antes, más dificultades. Es el caso tan frecuente en los accidentes de tráfico, de que el autor no previó, no reconoció la posibilidad de un resultado dañoso, pero podía y debía haberlo previsto. La seguridad social, la corresponsabilidad humana, como diría NOLL (101), tiene derecho a exigir del autor en esas circunstancias concretas, cuando actúa con medios tan peligrosos (el coche puede, a veces, ser más peligroso que un rifle), una atención, una formación profesional que le capacite para prestar una atención que el reo no prestó en el momento delictivo. Repetimos lo que decíamos antes: aquí, contra lo que sucede en la tipicidad, no se trata de una apreciación de la diligencia objetiva exigida por el Derecho, sino de una apreciación de la diligencia subjetiva exigible por el Derecho en tal persona concreta. Por eso, el juez debe tener presente en su baremo las circunstancias personales del autor, su educación, su capacidad mental y las circunstancias del hecho concreto, que a veces, en los accidentes de tráfico, son sumamente complicadas; tanto, que en algunos casos los jueces necesitan muchas horas de reflexión y estudio para conocer cuál debió ser la conducta concreta del acusado (102).

Más difícil nos parece, y más importante, la valoración del elemento volitivo. La razón de su importancia nos la aclaró hace varios siglos DECCIO: «Voluntas sola non est ipsa essentia peccati, sed totum peccatum consistit in voluntate» (103). Esta sentencia tiene plena aplicación en los delitos de tráfico, pues, como ya hemos indicado, la ciencia más moderna afirma que la mayoría de los accidentes tienen su causa en una negligente actuación del conductor (104)... o del peatón. También la

(100) No se trata de dolo eventual. Este exige una respuesta más temeraria, como "aunque no domine el coche y mate a un par de personas, no importa".

(101) NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe* (Tübingen, 1962), págs. 24 y siguientes.

(102) BOUSKA, *Rechtsprobleme der "abknickenden Vorfahrt"*, en *DeAuR*, 30 (1961), págs. 328-330. Además del elemento intelectual del "caso", hay que tener en cuenta la condición cultural y sentido común del agente concreto. BAUMANN, *Probleme des Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrsunfällen*, en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen* (Stuttgart, 1960), Heft IV, págs. 100-109, especialmente 107 y siguiente.

(103) DECIANUS, *Tractatus criminalis*, lib. II, cap. II, citado en SANTAMARÍA, *Enciclopedia del Diritto* (1960), t. VII, pág. 659.

(104) MEYER, JACOBI, STIEFEL, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr* (Frankfurt M., 1961), t. III, págs. 34 y sigs. LANGEN, *Verkehrsunfall und*

experiencia y la ciencia cotidiana nos muestran lo difícil que resulta para el juez (105) determinar el grado de voluntariedad de un accidente de tráfico.

Aquí radica uno de los principales motivos que inclinan a los prácticos, y teóricos, a propugnar la «despersonalización» y «desproblematización» del Derecho penal de tráfico.

La solución ha de buscarla el juez, en gran parte, al abrigo de la ciencia filosófica y psicológica moderna para juzgar si, a pesar de que el actor conocía o podía y debía haber conocido la antijuridicidad de la actuación concreta; sin embargo, no (o en qué grado menor) se le puede reprochar tal acción por deficiencia del elemento volitivo, por la presencia de alguna causa de exculpabilidad, como puede ser un cansancio excusable (quizá aplicable al caso frecuente de los conductores de grandes empresas comerciales, especialmente de artículos de alimentación, pescado, etc., que se ven coaccionados por sus empresarios a conducir durante toda la noche sin interrupción), o por mediar alguna inexigibilidad de otra conducta, como sería la excesiva lejanía o laxitud de una posible relación causal frente a un inminente peligro de despido, en caso de actuar prudentemente. Piénsese en el caso famoso del conductor del coche de caballos, al que con la cola se le enredan las riendas, imposibilitándole la libre conducción del vehículo.

En estos y otros casos similares el juez debe no reprochar la acción al autor o aminorar su culpabilidad correspondiente. Si la voluntad, según el juez, faltó totalmente (es decir, si el daño causado no es manifestación de la deficiente formación personal o profesional del imputado), debe declararle inculpable. Si faltó parcialmente, debe declarar una culpabilidad atenuada.

La ley debe dejar al juez un amplio margen discrecional, pero fijarle algunos diques para evitar arbitrariedades y abusos. Actualmente, la tendencia en Alemania se inclina más bien a una restricción (106). En España creemos que debe abrirse un poco la mano, pero, en cambio, debe procurarse por todos los medios posibles una mejor formación profesional y científica de los jueces.

Lebensalter, en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen* (Stuttgart, 1960), Heft IV, páginas 88 y sigs. LEHMANN, *Zur Typologie der Verkehrsunfälle*, en *Krimin. Gegenwartsfr...*, págs. 57-75. FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik*, en *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter* (Zürich, 1961), páginas 291-295.

(105) LANG-HINRICHSSEN, *Zur Krise des Schuldgedankes*, en *ZgStW*, 73 (1961), páginas 210-236, especialmente pág. 234. L. MARTIN, *Die Rechtsprechung des BGH. in Verkehrsstrafsachen*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 61-75.

Junto al elemento volitivo hay que considerar un elemento emocional. NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en *J. Z.*, 13 (1958), págs. 338-341 y 388-394, especialmente 335, 341.

(106) R. BUSCH, *Die Kontrolle des Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Massnahmen*, en *Deutsche Beiträge zum VII. Intern. Strafrechtkongress in Athen vom 26 Sept. bis 2 Oct. 1957* (Berlín, 1957), págs. 101-116.

V. CONCLUSIONES

1. Objetivación extrema

Suponiendo superadas las teorías relativas que consideran injusta y antihumana toda retribución jurídica, y que por ello pretenden desterrar del campo jurídico toda clase de penas (teorías que nos parecen aún no totalmente superadas, como lo prueban, por ejemplo, la pujanza de ciertas tendencias criminológicas y jurídicas de la Nueva defensa Social, la producción literaria, filosófica y teológica de algunos autores, etcétera) (107), podemos suponer admitida la pena en general como reacción necesaria justa y útil del Estado contra el reo de un delito *doloso* (108). Si el delincuente conocía la antijuridicidad (109) de sus planes, y a pesar de poder evitarlos, los llevó a la práctica, parece lógico que en esos casos se le aplique una pena para restablecer el orden jurídico violado, facilitar al reo el saldo de su deuda a la sociedad, su futura reeducación y reinserción en la vida pública y para reafirmar el respeto público a la justicia.

Pero si trasladamos la pregunta de la licitud y conveniencia de la pena al campo concreto de los delitos *culposos* de tráfico, la respuesta es mucho menos unánime. Y con razón. Al faltar el dolo, lo cual sucede en la mayoría de nuestros accidentes, resulta difícil concebir que la reacción del Estado deba ser una pena propiamente dicha, pues falta en el imputado el conocimiento y la voluntad de delinquir. Falta, nos dicen los objetivistas, la violación ética; su conducta no se opone a la justicia, sino únicamente es peligrosa o dañosa a la salud pública, se reduce a la inobservancia de la prescripción formal de una ley, v. g.: de ceder el paso al vehículo que viene de la derecha; prescripción que quizá mañana desaparezca y será sustituida por su contraria. Todavía más: muchos de los accidentes de tráfico se deben no a mala voluntad ni a descuidos culposos del conductor, sino, sencillamente, a incapacidad natural: lentitud de reflejos, defectos orgánicos de la vista u oído, baja sensibilidad sensorial... Si el conductor no puede físicamente, por su incapacidad orgánico-fisiológica, superar afortunadamente la situación de peligro que motivó el percance, parece que resultará injusto e inútil aplicarle una pena, pues al faltar la culpabilidad, falta el fundamento

(107) BERISTÁIN, *Fines de la pena*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 43 (1961), págs. 595-622.

(108) MAURACH, *Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik*, en *Festschrift f. Eb. Schmidt* (Göttingen, 1961), pág. 304. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe* (Tübingen, 1962), págs. 13, 15, 22, 25 y sig. HILDE KAUFMANN, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, en *J. Z.*, 17 (1962), págs. 193-199.

(109) Para mayor claridad en esta exposición secundaria formulamos la argumentación con terminología de la teoría del dolo, aunque personalmente nos parece más acertada la de la culpabilidad. Cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito* (Barcelona, 1962).

de la pena, falta el criterio para conmensurarla y falta la posibilidad de conseguir sus fines característicos: la prevención especial en el aspecto concreto de perfeccionamiento profesional y la prevención general. Lo único que parece lógico y útil es la medida de seguridad. No la pena.

Basados en estos y otros argumentos similares, los objetivistas propugnan que la mayoría de los delitos de tráfico no deben ni pueden ser sancionados con penas, sino con sanciones policíaco-administrativas. Una razón más por la cual deben pasar del Código penal a la ley de Contravenciones administrativas.

En resumen, según ellos, la justicia no permite castigar con penas los accidentes de tráfico, ni la utilidad social lo aconseja.

No podemos rechazar estas ideas movidos únicamente por la sencilla razón de que ello significaría la pérdida para el Derecho penal de una de sus partes más importantes, al menos cuantitativamente (110). Necesitamos poseer un sistema que responda satisfactoriamente a sus objeciones.

2. Nuestra respuesta

Si examinamos sinceramente sus puntos de vista, reconoceremos que, dentro de la concepción tradicional, son muchas y muy voluminosas las lagunas y dificultades que se encuentran al pretender presentar la pena como reacción estatal frente a los delitos culposos; sobre todo, en los casos de culpa inconsciente, tan frecuente en los accidentes de tráfico. Falta una fundamentación sistemática convincente.

Sin embargo, creemos que la teoría finalista ha logrado superar la mayor parte de esas dificultades y ha conseguido estructurar esta fundamentación sistemática. Concebido el delito culposo como desvalor personal, en tanto en cuanto se manifiesta y realiza en la acción delictiva, en el resultado dañoso, y colocada la esencia del delito en la culpabilidad, como deficiente y culposa formación personal y profesional, que aboca y se manifiesta en la acción socialmente dañosa o peligrosa, parece lógico y útil que el Estado, para defender el orden jurídico y para asegurar la vida social, eche mano de la pena, como reacción contra esos delitos culposos. Y ello necesariamente, pues las medidas de seguridad no consiguen reaccionar contra todo ni lo más importante del campo de la negligencia culposa así concebida. La presencia de esta culpabilidad en los delitos de tráfico, tal como la hemos probado en las páginas anteriores, nos indica el fundamento y la exigencia de la pena. Y de una pena que extienda sus influjos benéficos hasta las raíces todas de la culpabilidad, a ser posible. Es decir, hasta las capas más escondidas en la inconsciencia de la personalidad del delincuente. Reconocemos que es difícil esta pretensión, pero no parece científico considerar la dificul-

(110) DUBS, *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, en *SchZSt*, páginas 42 y sig.

tad o complejidad como causa para negar esa realidad, esa exigencia. El delito ha sido un desvalor de la persona; desvalor que radica en sus estratos intelectual-volitivo y apetitivo-sensitivo. La reacción del Estado debe dirigirse a (decimos *a*, no *contra*) estos dos aspectos, lo cual sólo se consigue mediante la pena, no mediante la medida de seguridad o sanción administrativa. Por eso, WELZEL, al tratar de la esencia de la pena (111), distingue en ella dos vertientes, dentro de la faceta personal: la relación de la pena con el estrato intelectual-volitivo del hombre, y segundo, el aspecto apetitivo-sensitivo, tan desafortunadamente exagerado por FEUERBACH (112) y otros, pero que, calculado con mesura es un medio imprescindible para cortar la despreocupación de los autores de delitos culposos y la osadía de ciertos conductores, basada en un desenfreno de las apetencias de impresionismo. El remedio debe actuar en el mismo plano impresionista.

Apoyados en esta concepción finalista del delito y de la pena, nos vemos obligados a rechazar la pretensión de los objetivistas de reducir la mayoría de los delitos de tráfico (113) a la ley de las contravenciones administrativas o policíacas. Nuestra negativa contradice, lo reconocemos una opinión hoy sumamente extendida, dominante incluso en algunos aspectos, entre los científicos y prácticos del Derecho penal. Por eso hemos reflexionado detenidamente sobre el problema. Y sólo después de madura reflexión nos hemos atrevido a formular una resolución opuesta a la «segregación» (114).

Por eso hemos estudiado y expuesto la teoría finalista, que creemos ofrece una respuesta indirecta, pero sistemática y global, a las pretensiones separatistas. También podíamos, si tuviésemos más espacio, comentar las respuestas inmediatas de eminentes penalistas como BOKELMANN, SCHMIDT, LEICHTNER, BAUMANN, LANG-HINRICHSEN, etc. Por lo menos, permítasenos insinuar la opinión, para nosotros sumamente digna de consideración, del Dr. HEINZ MATTES. Desgraciadamente, no ha salido todavía a la luz pública su obra magistral *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Würzburg, que tan profunda y decididamente rechaza la teoría de la autonomía de las *Ordnungswidrigkeiten*, en general.

MATTES divide su estudio en tres partes:

En la primera, después de estudiar los antecedentes de la teoría del Derecho penal administrativo y Derecho penal de policía autónomos y algunas instituciones concretas relacionadas con el tema, desde los capitulares de los reyes francos, derechos de las ciudades..., concluye rechazando la teoría de GOLDSCHMIDT de que existe un Derecho penal administrativo autónomo; entre otras razones, porque ninguna de las

(111) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht...*, págs. 209 y sig.

(112) MAURACH, *Das Unrechtsbewusstsein...*, págs. 307 y sigs.

(113) Las *Übertretungen* del párrafo 1.º, párrafo 3.º del Código Penal alemán.

(114) Segregación en el sentido material y formal. Naturalmente, no tenemos dificultad en admitir una separación material, externa, de esos delitos cotidianos, en una parte del Derecho penal. Sería lo más acertado.

instituciones estudiadas puede considerarse precedente de tal Derecho autónomo; su independencia surge como efecto de la Ilustración, y las *Ordnungswidrigkeiten* son una decantación del Derecho penal de policía y administración.

En la segunda ofrece una interesante y documentadísima visión de Derecho comparado. Ni Austria, ni Suiza, ni Francia, ni Italia, tienen ley análoga a la ley alemana. Ni Checoslovaquia, por lo menos hasta 1961.

Por fin, la tercera parte critica los fundamentos dogmáticos de la doctrina autónoma, y muestra que se apoya en una concepción equivocada: las *Ordnungswidrigkeiten* son un fantasma. Contra lo que pretenden sus «creadores», implican una lesión del bien jurídico y tienen base ética, lo mismo, cualitativamente, que los delitos.

Para completar la crítica insinuada por Dr. MATTES, permítasenos decir dos palabras contra las razones que han movido a la Gran Comisión para la reforma del Código penal alemán a proyectar la segregación de las *Übertretungen* y reunir las en la ley de *Ordnungswidrigkeiten*. Según lo publicado en la *Niederschriften*, y después, brevísimamente, en la *Begründung* (115), podemos resumir esas razones en tres grandes bloques:

1.º Los hasta ahora delitos de tráfico carecen de dimensión ética.

2.º Su legislación pretende proteger las prescripciones de algunas leyes positivas, prescindiendo de su contenido.

3.º Se refieren al bien común (*Wohlfart*), no a la justicia.

A estas razones respondemos esquemáticamente diciendo que:

1'.º Los hasta ahora delitos de tráfico tienen una dimensión ética no sólo «de lege ferenda», sino también en muchas legislaciones positivas. Sabemos que la opinión pública piensa lo contrario. Creemos que se debe actuar contra esa opinión. Es uno de los fines del Derecho penal: reformar los criterios ambientales.

2'.º Esa protección formal presupone y encierra un contenido material, quizá creado por la ley positiva, pero ciertamente existente.

3'.º La justicia, si superamos la concepción individualista decimonónica, supone y coincide, al menos en parte, con el bien público «salus publica». ¿No es justicia la justicia distributiva?

En resumen: nosotros deseamos una modernización, un perfeccionamiento de la dogmática y de la práctica del Derecho penal de tráfico, lo cual exigirá cierta mayor independencia; pero creemos que esto puede lograrse, siguiendo la teoría finalista, sin necesidad de una segregación, dentro del Derecho penal.

(115) *Entwurf mit Begründung* (Bonn, 1962), págs. 96 y sigs., 121.

3. Objetivación moderada

Lo dicho hasta aquí no significa que neguemos totalmente las pretensiones y las razones del movimiento objetivista. Al contrario, muchas de ellas merecen nuestra aprobación calurosa. Por ejemplo, el deseo de que se aumente el uso de las medidas de seguridad y se restrinja el de las penas. Y que en la mayoría de los casos, en que deban aplicarse éstas, se simplifique la investigación de la culpabilidad. Ello no implica, contra lo que indica algún autor, que se prescinda o niega la culpabilidad, sino, al contrario, se presupone —presunción *iuris tantum*, y, por tanto, con posibilidad de prueba en contrario— que en la inmensa mayoría de los casos, como lo confirma la ciencia moderna (116), la causa de los accidentes proviene de una negligencia culpable del conductor, e incluso, a veces, en casos en que aparentemente proviene de una deficiencia material del vehículo, pues el conductor tiene cierta obligación de revisar su estado material periódicamente: voluntario *in causa*, culpa de entretenimiento, etc.

Interpretaría también equivocadamente nuestra opinión quien viese en ella un retroceso al «*versari in re illicita*», tal como lo entienden erróneamente algunos autores (117), o quien supusiese que admitimos una objetivación positivista. Al contrario, propugnamos una objetivación, sí, pero, permítasenos la formulación contradictoria, subjetivista; una objetivación que en la mayoría de los casos presupone y tiene en cuenta la culpabilidad. En fin, una objetivación cuyo centro sea el autor y no el hecho, contra lo que pretenden algunos objetivistas (118).

Por eso exigimos dejar la puerta abierta a una defensa. Muchas razones de justicia y de utilidad nos obligan a ello: la justicia nos prohíbe penar a un conductor que es inocente y puede probarlo; a un conductor que aunque exteriormente ha causado, por ejemplo, la muerte de un peatón, pero, en realidad, científicamente hablando, no la ha causado él, sino el mismo peatón que, como suele decirse, se metió debajo de las ruedas. Los objetivistas extremos que niegan en estos casos la

(116) MEYER, JACOBI, STIEFEL, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr* (Frankfurt M., 1961), t. III, pág. 34: el resumen estadístico de 145.000 casos estudiados atribuye la causa a:

Insuficiente distancia del anterior	26,3%
Desviación defectuosa	13,4%
Violación del derecho de preferencia	12,8%
Retroceso	11,9%
No guardar la derecha	9,6%
Defectuoso adelantar	8,1%
Excesiva velocidad	5,2%
Otras causas materiales	12,7%

(117) Cfr. la excelente monografía del P. PEREDA, *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código penal* (Madrid, 1948).

(118) FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik*, en *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter* (Zürich, 1961), pág. 326.

posibilidad —real— de prueba en contrario se hacen objeto de casi todas las protestas que se han dirigido contra los delitos cualificados por el resultado. Las razones de utilidad en pro de la posibilidad de esa prueba pueden ser más patentes. La pena objetiva (en realidad, medida de seguridad) pierde su fuerza de prevención general, tan importante en los delitos de tráfico. Si se lleva a la práctica, un considerable número de conductores conducirán menos diligentemente, movidos por la razón, más o menos inconsciente, de que es inútil prestar atención, pues, aunque conduzcan prudentemente, si tienen mala suerte, serán igualmente castigados, ya que no se tiene en cuenta su atención, su diligencia; en una palabra, su culpabilidad. Nos parece contraproducente y antipedagógico omitir el premio o el castigo del conductor. Los objetivistas extremos piensan que ante la necesidad o, al menos, la práctica de conceder permiso de conducir a tantas personas, el único medio de reducir las a comportarse en la carretera con sensatez es atemorizarlas, amenazarlas con un inmediato castigo en cuanto causen, materialmente, un accidente, tengan o no la culpa. Esta opinión nos parece, a pesar de ser admitida por eminentes personalidades, errónea, además de injusta. No creemos en este concepto del hombre tan bajo, tan exclusiva o principalmente vinculado a sus apetencias apetitivo-sensitivas (119). No fundamos nuestra esperanza principal en una intimidación apetitivo-sensitiva de las penas, sino en una conciencia intelectivo-volitiva de la prohibición, que supone e incluye la primera, pero la supera.

Si la causa principal de los accidentes de tráfico radica, en un elevado tanto por ciento, como hemos dicho, en la negligencia culpable del conductor, reaccionemos contra esa negligencia, no contra la casualidad. Consideremos la culpabilidad como fundamento y medida (120) de la pena. Por eso vemos con agrado que ciertos Tribunales de España y de fuera de España (121) van dando a sus sentencias un baremo y un giro retribucionista que antes no se admitía, y que los objetivistas quieren desterrar (122). Todavía otra razón utilitaria exige admitir la posibilidad de la prueba, limitando así prudentemente la simplificación pretendida del examen de la culpabilidad. Los psicólogos han observado, con acierto, que una de las causas más frecuentes de accidentes radica en la presunción del conductor de que él, por sus cualidades personales y profesionales, por su experiencia, etc., puede prescindir en muchos casos de las normas de tráfico. Para cortar de raíz esta presunción, los objetivistas desean castigar toda transgresión objetiva, sin considerar el as-

(119) MAURACH, *Das Unrechtsbewusstsein...*, pág. 318. Reconocemos que ésta es quizá más propia de la política criminal.

(120) WELZEL, *Das deutsche Strafrech...*, págs. 224 y sig.

(121) LANGE, *Die Bedeutung des Strafrechts für die Sicherung des Menschen im Strassenverkehr*, en *Die Sicherung des Menschen im Strassenverkehr* (Köln, 1961), págs. 175 y sig.

(122) BETTERMANN, *Rechtsgutachten zu den "Richtlinien für die Behandlung von Mehrfachtätern"*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 100-112, especial y acertadamente página 109.

pecto subjetivo, la culpabilidad. Nos parece que se equivocan. Aquí tiene vigencia el aforismo «summum ius, summa iniuria», ya que en muchas circunstancias sólo puede evitarse un accidente violando alguna sensata prescripción legal. El Derecho penal de tráfico no puede prescindir del estado de necesidad: no puede pretender que sus reglas no tengan excepción.

Por otra parte, es cierto que si dejamos abierta la puerta de la interpretación para que cada conductor haga caso omiso de la ley, abriremos una brecha que conduce rápidamente a la anarquía y destruye toda la base de la culpabilidad. La única solución viable es dejar la decisión de estos casos fronterizos al criterio del juez. En estos casos —no son tan raros en la práctica— se muestra imprescindible la actuación del juez, y, como decíamos antes, la posibilidad de admitir la prueba contraria.

4. Aplicaciones concretas

Para terminar, indicaremos algunas aplicaciones concretas que se desprenden de la teoría hasta aquí expuesta.

La reacción contra los delitos de tráfico debe ser más rápida, más enérgica y, sobre todo, más científica (123). Prescindimos de insistir en que sea más justa, aunque nos consta que, a veces, sobre todo en el campo pericial, se permiten decisiones muy turbias. Creemos, como decíamos antes, que deben usarse las penas (124), pero menos que las medidas de seguridad, y éstas menos aún que las medidas preventivas. Digamos algunas palabras acerca de cada uno de estos puntos.

El primer paso fundamental para que la reacción contra los accidentes de tráfico sea más científica debe dirigirse a la legislación. La actual se apoya excesivamente en criterios abstractos de justicia. Por prescindir de la realidad y de los modernos datos de la psicología, ha elaborado un laberinto imposible de ser conocido por los interesados directos, los conductores, como lo prueba la constatación de su desconocimiento por los jueces y juristas, y aun la existencia entre éstos de las más opuestas opiniones en puntos importantes, como el derecho de preferencia en ángulo, significado de la luz amarilla intermedia en el paso de peatones, obligaciones en caso de desviarse hacia la izquierda, etc. (125).

(123) MAURACH, *Das Unrechtsbewusstsein...*, págs. 301 y sigs.

(124) Menos acertado sería agravar las penas actuales del Derecho penal comparado, en general.

(125) Un ejemplo: se ha comprobado estadísticamente que la regla de preferencia al que viene por la derecha, se opone a las leyes de la psicología. Cuando una calle termina en la mitad de una recta (cruce de tres bocacalles), el 80 por 100 de las veces el que viene por la derecha, en la calle sin prolongación, cede su preferencia al que viene por la calle recta. En los 20 por 100 restantes, cuando hace uso de su prerrogativa, casi siempre deriva en accidente o, por lo menos, en situación peligrosa. Más casos semejantes en BOUSCA, *Rechtsprobleme der "abknicken-den Vorfahrt"*, en *DeAuR*, 30 (1961), págs. 328-330.

Ante la inabarcable legislación actual, los conductores de vehículos prescinden totalmente de sus prescripciones y violan aun las más elementales y por todos conocidas. Esta postura va minando los fundamentos de toda la dogmática penal. Contra este peligro urge la simplificación de las leyes y su fácil difusión y conocimiento.

En lo relativo a las penas y medidas de seguridad debemos ser más innovadores, sin necesidad de abandonar las coordenadas fundamentales del Derecho penal tradicional, y no contentarnos con poner nuevas etiquetas a las viejas instituciones medievales, como en gran parte ha ocurrido, por citar un ejemplo, con el «nuevo» arresto reflexivo del Proyecto del Código penal alemán (126). Contra la opinión esperanzadora de algunos autores, creemos que *en la práctica* se reducirá a una pena privativa de libertad por corto plazo, con todos los inconvenientes que éstas llevan consigo. Nos parecen más dignos de consideración los deseos de algunos objetivistas de abrir nuevos caminos penales, como podía ser, por ejemplo, obligarle al causante de un atropello a llevar consigo una fotografía impresionante de un caso reciente u obligarle a oír sensatas lecciones de un perito (127), etc.

Creemos acertada la nueva (en Alemania) pena de suspensión temporal del uso del carnet de conducir, aparte de la privación del carnet —medida de seguridad regulada en el parágrafo 42 (m) del Código penal alemán (128). Mucho debíamos hablar de esta institución que, sin duda, es la más eficiente y necesaria, pero también la más expuesta a peligros en el campo dogmático (¿pena o medida de seguridad?) y en el práctico. Nos limitaremos a llamar la atención contra la actual excesiva indulgencia de los jueces en el uso de tan necesaria institución penal. Estos se dejan impresionar excesivamente por el perjuicio que supone para el imputado verse privado del permiso de conducir temporal o perpetuamente. Sin embargo, deben tener presente que su misión les obliga a considerar, en primer lugar, el bien común. Cuando conste una duda prudente contra la capacidad del imputado, el juez debe inclinarse, en este caso, no *pro reo*, sino *pro populo*. Lo contrario no es indulgencia, ni bondad, sino inconsideración e injusticia (129). Con prudencia po-

(126) BOCKELMANN, *Zur Reform des Verkehrsstrafrechts*, en *DeAuR*, 30 (1961), página 188.

(127) FREY, *Reobjektivierung...*, pág. 338. BOUSKA, *Forderungen des Strassenverkehrsrechts an die Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts*, en *DeAuR*, 31 (1962), páginas 195 y sig.

(128) SPENDEL, *Strafrecht und Strafverfahren im Strassenverkehr*, en *Deutsche Landesreferate zum VI, Intern. Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg* (Berlín, Tübingen, 1962), págs. 337-378, especialmente 372 y sigs. WEIGELT, *Vom Sine der Strafe*, en *DeAuR*, 31 (1962), págs. 16 y sig. Es el comentario más acertado que hemos encontrado acerca de la proyectada pena de prohibición de conducir del *Entwurf*, 1960.

(129) WARDA, *Obligatorische Entziehung der Fahrerlaubnis*, en *J. Z.*, 17 (1962), páginas 304-306. WIMMER, *Die Entziehung der Fahrerlaubnis in U. S. A. und bei uns*, en *DeAuR*, 28 (1959), págs. 253-260.

dríamos imitar el método americano de puntos (130). Decimos imitar, no copiar: el sistema americano es poco elástico, excesivamente simplista, rígido. Los norteamericanos desprecian las consideraciones subjetivas por antipedagógicas. En cierto sentido, tienen razón, en cuanto que las consideraciones subjetivas retrasan el proceso y, a veces, facilitan el fraude..., pero nos parece más antipedagógico el prescindir totalmente del examen de la culpabilidad, negar la posible prueba contraria, por las razones arriba señaladas.

La función pedagógica de la pena tiene en la dogmática jurídica un rango importante en la prevención especial (reeducación del reo para evitar su recaída) y en la general. Sin embargo, en delitos de tráfico es muy reducida su eficacia en el primer aspecto, pues, como declaran las ciencias empíricas modernas, la capacidad de conducir un vehículo depende muy principalmente de las cualidades naturales y no del adiestramiento profesional (131). Los delincuentes del tráfico son, en su mayor parte, los del tercer grupo de la clasificación Lisztiana: los incorregibles. En cambio, pueden lograrse notables efectos en cuanto a la prevención general en sus dos aspectos: intimidativo-selectivo y educativo (132).

Unas palabras, pues, acerca de este punto, el más importante, como indican los objetivistas. Creemos que debe aumentarse el control de las carreteras, con el fin de sancionar severa y rápidamente la mera violación de las normas de tráfico, que suponemos más breves, más concretas y más conocidas, aunque no se produzca resultado dañoso ni una situación de peligro concreto, que ha encontrado ya su formulación en muchos preceptos legales (133). La concepción finalista antes insinuada nos ofrece un sólido fundamento dogmático para cubrir esta exigencia de la vida real. Fuera de la teoría welzeliana, pueden encontrarse fundamentos semejantes, pero nos parecen menos sólidos. Así, para algunos objetivistas, la razón del bien común permite a la autoridad castigar en circunstancias extraordinarias por encima de la responsabilidad subjetiva, razón que suelen aducir los defensores de los delitos cualificados por el resultado, y por la que no prevaleció la famosa cláusula del párrafo segundo, en el proyecto alemán de 1956; o prescindiendo de tal

(130) Sistema de Tickets, cfr. MEYER, JACOBI, STIEFEL, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr* (Frankfurt M., 1961), especialmente t. III, págs 88 y siguientes, 123 y sig., 167 y sigs... FREY, *Reobjektivierung*, pág. 331.

(131) Esto no destruye nuestra anterior exigencia de la culpabilidad; entre otras razones porque quien no posee las cualidades necesarias para conducir, tiene obligación de no coger el volante. Si lo coge, ya actúa antijurídicamente, como quien conduce en estado de embriaguez. BOCKELMANN, *Die Strafe als Mittels der Verkehrserziehung*, en *Zeitschrift für Verkehrssicherheit*, 1 (1952), págs. 5 y sig., 260.

(132) BAUMANN, *Probleme der Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrsunfällen*, en *Kriminalbiol. Gegenw.* (Stuttgart, 1960), Heft, IV, págs. 107 y sig.

(133) WIMMER, *Kriminelle fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Strassenverkehr*, en *DeAuR*, 27 (1958), págs. 145-155 (*StGB*, 315 a, introducido por ley de 19-XII-1952. *StVG*, 21, corregido por ley de 16-VII-1958). FREY, *Reobjektivierung...*, pág. 308 (art. 90 de la ley suiza de Tráfico de 19-X-1958).

responsabilidad, y por la misma razón del bien común, puede la autoridad castigar la mera violación de la diligencia debida en el tráfico. Rechazamos este argumento, pero admitimos su proposición final: es necesario y justo sancionar la mera violación objetiva de las normas de tráfico. Esto no implica confusión alguna del Derecho con la moral y la ética (134), pues no se trata de castigar una mera situación psicológica subjetiva, sino algo psicológico concretizado en el mundo exterior y con relevancia social. Toda violación de las normas de tráfico produce un peligro abstracto objetivo, que basta para nuestro concepto de acción. Esta argumentación nos parece mucho más acertada que su equiparación a la tentativa.

En resumen: hemos de disminuir los preceptos, expresarlos con claridad y total unanimidad, urgir su conocimiento, quizá con un examen periódico, o exigiendo llevar siempre en el coche —como la póliza del seguro— el «decálogo» del buen conductor, y sobre todo, exigir su cumplimiento. La eficacia de la pena no depende de su dureza, sino de su certeza. De esta exigencia prudente, pero continua y rápida, depende el buen resultado del Derecho penal de tráfico. No necesitamos una revolución ni degradación de nuestras leyes, sino cierta renovación, y sobre todo, una simplificación y puesta en práctica con unanimidad y con justicia..., y teniendo en cuenta los avances de la psicología, pedagogía, criminología y demás ciencias auxiliares. La misión principal del jurista actual no es la lucha contra la objetivación, sino por una moderada objetivación «subjetivo» finalista.

(134) WIMMER, *Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt*, en *NeJuW*, 11 (1958), pág. 523.