

SOBRE LOS LÍMITES DE LA EJECUCIÓN POR IMPRUDENCIA

Ángel Torío López

ADPCP, T.XXV, Fasc. I, Enero-Abril 1972, pp. 53-88

<http://www.cienciaspenales.net>

Sobre los límites de la ejecución por imprudencia

ANGEL TORIO

Profesor Agregado de la Universidad de Valladolid

I. En el presente estudio se procede a revisar ciertos aspectos del problema de los delitos de exclusiva ejecución dolosa, en los cuales el tipo del delito elimina de antemano la posibilidad de que hallen aplicación las normas generales relativas a los delitos de imprudencia. Se trata de una cuestión peculiar y fundamental del derecho penal español cuya importancia no es preciso encarecer, necesitada en virtud de su desenvolvimiento teórico y práctico recientes, no sólo de un balance que refleje su estado, sino de ser contrastada con las contribuciones dogmáticas que a través de la declaración de que el dolo es parte constitutiva del tipo, acaban por producir en el planteamiento tradicional del problema una profunda transformación.

El estudio se orienta, inicialmente, a obtener una imagen aproximativa del estado de la cuestión, con lo que se recuerda su estructura y sentido en el seno del código. Después transita a examinarla críticamente, llegando a la conclusión, frente al criterio de la doctrina dominante, de que acaso es necesario invertir la forma en que se procede tradicionalmente a resolverla, puesto que sólo el tipo de delito o figura de delito puede arrojar luz suficiente respecto a la posibilidad de la ejecución por imprudencia. Frente a la posición más extendida de que el artículo 565 permite que *todo* delito sea, en principio, cometido culposamente, es sometida a consideración la tesis opuesta de que en este terreno depende todo del tipo específico del delito (1), por lo que deben rechazarse tanto las posiciones aprioristas que afirman la posibilidad prácticamente ilimitada de la comisión imprudente, como las que en una línea lógica irreprochable, pero jurídicamente discutible, llevarían a sostener, desde la premisa de que el dolo es característica típica *general* de los delitos dolosos, y no forma de culpabilidad, que el artículo 565 reclama una nueva interpretación, en virtud de la cual hay que concebirlo como un *delictum sui generis*, en el que es decisiva la acción imprudente y secundarios los efectos que se desprenden de ella, susceptibles de ser conceptuados como resultado o condición de punibilidad.

(1) Sobre la utilización del término "tipo", veáanse las págs. 72 y ss.

En los límites de un breve trabajo es casi imposible ir más allá del propósito indicado y examinar también los complejos presupuestos originarios en que descansa la cuestión, cuyo estudio ha pretendido enlazarse firmemente al derecho positivo, sin vincularse a criterios contrastados insuficientemente con él, o controvertidos inconcluyentemente desde el punto de vista científico.

Esto supuesto, es preciso declarar, dado el carácter polémico de numerosos conceptos fundamentales en la dogmática contemporánea, que la determinación de los delitos que reclaman una ejecución exclusivamente dolosa tiene aquí como presupuesto una concepción preponderantemente objetiva de la antijuricidad, que en conexión con la doctrina dominante, admite que el juicio sobre la antijuricidad depende en ciertos delitos de características anímicas o internas, es decir, de elementos subjetivos. Mientras que éstos poseen, según opinión más extendida entre nosotros, carácter excepcional, la polémica entre la dirección tradicional y la teoría finalista ha acabado por revelar que la presencia de los elementos subjetivos de lo injusto no sólo es verdaderamente frecuente, sino que los mismos presuponen en ocasiones el dolo del hecho como nota del tipo (2).

Si la doctrina finalista predetermina, a nuestro juicio, mediante la declaración de que el dolo es característica constitutiva de lo injusto, una transformación *cualitativa* o sustancial del problema considerado, que acabaría por atribuir al artículo 565 la naturaleza de un *delictum sui generis*, el reconocimiento de la frecuencia del dolo como factor típico configurador, produce una sensible transformación *cuantitativa*, ya que cuando esto sucede hay que estimar que, o bien la producción del tipo por imprudencia es lógicamente inconcebible —como en el hurto del número 1.º del artículo 514—, o que sin estar conceptualmente excluida, según ocurre en la omisión de socorro del artículo 489 bis, es la misma irrelevante, pues lo tipificado legislativamente es solamente la ejecución dolosa.

El tratamiento del problema está afectado, en otro sentido, por las modificaciones experimentadas por la teoría del tipo en la dogmática actual. En ellas resulta peculiar una visión material del concepto, constituido no sólo por las características delimitadoras del injusto, sino por notas atinentes a la culpabilidad. En la noción del tipo del delito, como materia digna de castigo, cabe contemplar un tipo de lo injusto y un tipo de culpabilidad como elementos suyos constitutivos. Las referencias a tal concepto logran mayor claridad en el examen de algunas cuestiones y una visión sistemática más depurada de ellas. La doctrina dominante hace recaer, principalmente, el peso de la cuestión en los elementos subjetivos de la antijuricidad, a los que asigna el papel de obstruir la realización por culpa. Es discutible, sin embargo, que la

(2) V. CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, 1963, pág. 93.

presencia de un elemento de esta clase elimine siempre la posibilidad de la ejecución culposa (3). En todo caso corresponde también esta función a otras características, objetivas o subjetivas, que presuponen, sin duda, una fundamentación previa de la intijuricidad y que, como notas que exceden a ésta, han de ser estimadas, en ciertos casos, como elementos de la culpabilidad especialmente tipificados.

Fundamentalmente, se pretende aquí dar respuesta al problema de los delitos que contienen características positivas típicas incompatibles con la ejecución imprudente. Se prescinde de tratar, por lo tanto, el problema del error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación y el del error evitable de prohibición. Estas dos cuestiones son contempladas en una línea que cabría designar como puramente metódica, en cuanto se limita a examinar las repercusiones que producirían las conclusiones obtenidas en las doctrinas que admiten que ambas clases de error han de ir a parar al seno del artículo 565. Esto no supone, sino que, por el contrario, deja imperejuzgada, la decisión positiva sobre el tratamiento de ambas cuestiones, que queda remitido a ulterior ocasión.

Como indicación preliminar, hay que destacar también que el ámbito de la ejecución por culpa ha experimentado en ciertas orientaciones científicas y jurisprudenciales recientes una amplificación sensible. Existen decisiones en las que se acepta que la injuria, la quiebra fraudulenta, el escándalo público, el aborto o la corrupción de menores pueden ser cometidos por imprudencia (4). Es patente que en ciertos casos se rompe así con una tradición jurídica sostenida a través del derecho codificado. Al reflexionar en que tales puntos de vista, corresponden a una base jurídico positiva existente desde el código penal de 1870, cabe preguntar sobre las razones exegéticas y, correlativamente, político criminales, en que descansa un giro tan significativo. Esta amplificación, por otra parte, no se percibe sólo en la jurisprudencia. En la doctrina se observa también algunas mutaciones esenciales. La tesis de que sea posible, por ejemplo, una violación por imprudencia, lleva a pensar en la necesidad de establecer límites precisos entre la *simple posibilidad conceptual* y la *incriminación jurídica efectiva* de la comisión por culpa. Mientras que Binding consideraba satisfactoria en su día la situación del derecho penal alemán por el número escaso de delitos culposos que permitían, junto al dolo, la realización imprudente (5), es perceptible hoy una expansión creciente de esta forma de responsabilidad penal hacia territorios reservados históricamente para la comisión dolosa. Habría que interro-

(3) V. CÓRDOBA RODA, J., *Die Regelung der Fabrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en ZStW, 81, pág. 437.

(4) V. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, p. gen., 2.^a ed., 1971, pág. 399.

(5) BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, IV, 1919 (reimp. de 1965), pág. 282.

gar sobre si esta expansión ha de considerarse como un bien o si al contrario, hay que ver aquí un reflejo no deseable de la hipertrofia de la función penal propia de la época (6). Frente a una reserva de esta naturaleza, no sería válida la observación de que la proliferación de los comportamientos imprudentes, connatural a esta hora histórica, aconseja proceder así, pues en primer lugar, tal aumento está ligado primordialmente al desarrollo técnico, con el que la mayor parte de los delitos indicados no guarda relación, y en segundo término, nada dice tal incremento cuantitativo sobre que delitos reservados tradicionalmente para el cumplimiento intencional, hayan de sufrir una transformación cualitativa orientada a captar también comportamientos por culpa.

Invita todo ello a comprobar, tras muchos años de vigencia de la situación legal básica, si no existe en torno a los presupuestos de aplicabilidad de las normas contenidas en el artículo 565 del código una inseguridad grave, que ha de considerarse como un residuo adverso a la función de garantía de los tipos y un motivo de oscuridad respecto a la vigencia real del principio *nullum crimen sine lege* (7).

Mientras que en el derecho penal comparado, el escaso número de delitos culposos es objeto de precisión exacta por la ley, que proporciona al Juez una imagen prácticamente agotadora sobre su contenido, el intérprete del código penal ha de comenzar por la verificación de una tarea que en otros ordenamientos toma a cargo suyo el legislador, es decir, por establecer con exactitud si la ejecución imprudente se halla o no conminada con pena. Una decisión segura al respecto es fácil obtenerla en escasos delitos. Excepto en el homicidio, las lesiones y pocas conductas más, el intérprete no puede determinar sin vacilación si un comportamiento es o no punible cuando se ejecuta por culpa. Esto puede observarse en delitos como el allanamiento de morada, detenciones ilegales, la omisión de socorro, etc., etc. en todos los cuales es conceptualmente factible una realización del tipo con error evitable y en los que, sin embargo, la incriminación efectiva da lugar a espinosas y serias vacilaciones. Esta situación pone de relieve que las tareas interpretativas suscitadas por el delito culposo—donde la determinación de la lesión del cuidado necesario en el tráfico plantea siempre serios problemas— están agravadas en el código penal por una operación previa comprometida, cual es la de determi-

(6) V. MAYER, H., *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, pág. 48., con fuerte crítica a la escasa atención prestada por el Proyecto oficial alemán a la necesidad de terminar con la inflación del Derecho penal, reprobable desde la perspectiva de la Justicia y la Humanidad..., pues no es suficiente fundamento de la pena que el hecho dañe algunos intereses de la sociedad, sino que esta sanción sólo es tolerable donde verdaderamente no pueda prescindirse de ella.

(7) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Legalidad (Principio de)*, en «Enciclopedia Jurídica Seix», T. XIV, 1971, págs. 889 y sigts., con exposición del entendimiento actual de la regla *nullum crimen sine lege*.

nar si el sentido de la ley es extender también la pena a la ejecución por imprudencia de los elementos objetivos del tipo.

II. Según la doctrina prevalente todo delito puede ser cometido por imprudencia, salvo que lo impida su propia naturaleza. Rodríguez Muñoz, autor de la contribución más importante sobre la estructura y sentido del artículo 565 del Código penal, indica que el Derecho español ha seguido el criterio, diverso al adoptado por el alemán, de establecer la punibilidad de la conducta culposa en todo caso, salvo aquellas excepciones en que la naturaleza conceptual del delito excluya de por sí el castigo de otra conducta que la dolosa (8). Esta tesis tiene doble significado, práctico y metódico. Jiménez de Asúa la considera demasiado absoluta y excesivamente parca en las excepciones que admite, lo que aconseja, a su juicio, ampliarlas en el sentido de negar la posibilidad de la incriminación por culpa en aquellos delitos que exigen taxativa o conceptualmente el elemento doloso, cuando la ley no ha prefijado paralelamente la acción u omisión culposa, a la manera en que se hace con la prevaricación; en los delitos de tendencia; en los que presentan elementos subjetivos de lo injusto, siendo raramente posible por último, en los delitos de peligro (9). En las bases metodológicas, esta posición coincide, sin embargo, con la de Rodríguez Muñoz. Ambos autores contemplan la regla del artículo 565 como principio genérico de incriminación de la imprudencia, del que son sustraídas ulteriormente por vía interpretativa ciertas excepciones concretas. Detrás de este procedimiento está situado, como veremos, un concepto del tipo en el que se consideran excepcionales los elementos internos o anímicos configuradores, en correspondencia con una visión objetiva de la antijuridicidad que coincide esencialmente con los postulados de la dogmática predominante en las primeras décadas del siglo. Mediante esta tesis queda posibilitado un amplio cuadro de delitos imprudentes que se distingue por mostrar, junto al delito doloso, un delito culposo paralelo, situación a la que se oponen solamente ciertas infracciones de carácter excepcional. Estas infracciones excepcionales son las que distinguen tal interpretación de la idea de Binding, previa a la consolidación de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto, de que el tipo objetivo de cada delito culposo es idéntico al del delito doloso de igual género, ya que no existe un tipo único reservado para una sola forma de ejecución, por diversificarse ambas clases de infracciones sólo en la culpabilidad (10).

Dicha orientación ha significado un perfeccionamiento decisivo frente a la doctrina procedente de finales del pasado siglo y principios del actual, en la cual dominaba una visión empírica o no sis-

(8) V. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en el *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, II, 1949, pág. 190.

(9) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, T. V, 2.^a ed., 1963, páginas 1044 y sigts.

(10) V. BINDING, K., loc cit., pág. 451. Aclaraciones en la nota 31.

temática del problema, en concordancia con la jurisprudencia. Sin embargo, es posible revisar y complementar hoy algunas de sus declaraciones con vista a la transformación profunda de la teoría del delito en las décadas últimas, transformación en que puede percibirse una subjetivación creciente de la noción de antijuridicidad y un entendimiento material del tipo, que aleja este concepto de la caracterización formal que era propia de sus formulaciones originarias.

El problema de los delitos que reclaman unilateralmente la ejecución dolosa ha de precisarse también en otro sentido o dirección. En su base se halla una distinción fundamental que ha sido vislumbrada respecto a ciertos delitos concretos por algunos autores, pero que por su significado general ha de ser llevada al primer plano de la discusión.

Ha de destacarse a este respecto la necesidad de distinguir entre *posibilidad conceptual* y *posibilidad jurídica* de la ejecución imprudente como conceptos no siempre coincidentes entre sí (11). En su confusión radica, probablemente, uno de los más graves motivos de malentendidos que vienen produciéndose en este ámbito. Mientras que al hablar de la posibilidad conceptual de la imprudencia se permanece en el plano perjurídico de la lógica formal, con el fin de averiguar si existe o no contradicción lógica en su admisibilidad, cuando se interroga, por el contrario, respecto a la posibilidad jurídica, la pregunta versa sobre la incriminación efectiva de la acción imprudente de que se trate. Es sabido que, por ejemplo, doctrina y jurisprudencia suelen considerar el delito de allanamiento de morada reservado para una ejecución dolosa excluyente con la impunidad correlativa de la realización por culpa (12). Pese a ser evidente la posibilidad conceptual de la ejecución por imprudencia, para lo cual basta pensar en que exista una confusión evitable del sujeto respecto a la cualidad de ajena de la morada o sobre la existencia de la voluntad contraria del morador, se declara generalmente que estas situa-

(11) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, p. esp., 4.^a ed., 1971, página 239, donde se dice respecto a la bigamia: «Conceptualmente es posible la comisión culposa..., mas la presencia del artículo 479 obliga... a negar tal posibilidad de incriminación, habida cuenta de la *ratio legis*»; SAINZ CANTERO, J. A., *El delito de tenencia ilícita de armas*, en «Rev. Gen. Leg. y Jurisp.», 1965, sep., pág. 33, sugiere también esta distinción: «No es que no sea hipotizable una tendencia culposa..., sino que no entraría en el área de aplicación del artículo 565 en relación con el 254»; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de intrusismo*, en «Rev. Gen. Leg. y Jurisp.», sep. 1969, págs. y sigts., toma en cuenta la idea diciendo: «Que sean imaginables supuestos de error evitable sobre determinados elementos típicos, no quiere decir que necesariamente tales errores engendren una responsabilidad criminal a título de culpa. Si así fuese, delitos inequívocamente dolosos serían susceptibles de cometerse también por imprudencia..., la total interpretación de la figura de delito puede conducir a la conclusión de que se trata de un delito exclusivamente doloso...».

(12) V. SUÁREZ MONTES, F. R., *El delito de allanamiento de morada*, en «Rev. Gen. Leg. y Jurisp.», sep. 1968, págs. 33 y sigts.

ciones son irrelevantes para el derecho penal. Una situación paralela, igualmente discutible, puede surgir también en las detenciones ilegales, donde, por ejemplo, la acción de encerrar a otro puede ejecutarse por negligencia sin inconveniente lógico alguno. Pese a ello suele sostenerse también en este caso que la aplicación del artículo 565 no debe de tener lugar (13). En ambos delitos se sobreentiende que aun estando presente tal posibilidad conceptual, la conducta culposa es penalmente irrelevante.

En otros delitos falta previamente, por el contrario, la posibilidad conceptual de esta conducta. Esto sucede, por ejemplo, en el hurto del número 1.º del artículo 514, donde la exigencia del ánimo de lucro presupone el dolo del hecho como nota típica prioritaria. Pueden destacarse numerosos delitos reveladores de la necesidad ineludible de esta distinción, reflejo en este campo de la naturaleza diversa de la consideración lógica y la jurídica. Baste con citar, por ahora, el delito de omisión de socorro, en el que es evidente la posibilidad conceptual de la realización imprudente, por mediar un error evitable sobre la existencia del peligro, y dudosa, por el contrario, la relevancia penal de tal comportamiento (14).

En la distinción insuficiente de estos dos planos existe una grave fuente de malentendidos, de la que no se encuentra totalmente libre la doctrina contemporánea. Esta insuficiencia refleja una concepción formal que acude para decidir problemas específicamente jurídicos, no a los criterios interpretativos propuestos por la ciencia del Derecho, sino a la argumentación de la lógica clásica. En virtud de un método extraño al contenido de cada figura delictiva particular, es posible atribuir carácter poco menos que axiomático al principio de que todo delito puede cometerse por imprudencia sin reparar en que su validez sólo podría ser consecuencia del examen previo del contenido de las distintas figuras delictivas. La actual interpretación invierte, en cierto modo, los términos del problema. En vez de subordinar la aplicación del artículo 565 al hecho demostrado de que la figura no obstruya que esta disposición pueda entrar en juego, procede justamente al revés. La norma del artículo 565 es concebida como regla general según la cual todo delito admite la comisión por imprudencia, regla general que no dejará de tener aplicación mientras no quede justificada la naturaleza excepcional del delito de que se trate. El carácter formal, a priori del contenido delictivo concreto, de tal procedimiento no necesita ser resaltado en mayor medida. Baste con insistir en que con él se da de lado, en principio, a la peculiaridad de la figura delictiva, que entra tardíamente en consideración para constituirse, en cuanto excepción, en un motivo que favorece la confirmación de dicha regla general. Puede oponerse a estas observaciones que tal es, en definitiva,

(13) V. CORDOBA RODA, J., *El delito de detenciones ilegales*, en «ADPCP», 1965, págs. 24 y sigts.

(14) Vid. la nota 52.

el sentido del artículo 565, de acuerdo con su tenor literal. Este tenor literal se limita, sin embargo, a establecer los presupuestos de punibilidad para el caso de que la figura de delito no contenga menciones incompatibles con la culpa. Ello indica, por tanto, que nada puede afirmarse respecto al radio de acción del artículo 565 mientras la existencia de tales menciones no haya sido consultada.

Según la tendencia científica prevalente, la disposición contiene la segunda forma de culpabilidad, es decir, la culpa como realidad jurídicamente ulterior al tipo y a la ausencia de causas de justificación. Para la concepción del delito que atribuye a la cláusula del artículo 565 el significado general que aquí se rehusa, la fundamentación del injusto, normalmente objetiva, depende en ocasiones de características anímicas o internas, que en cuanto elementos de tipo, han de cumplir un papel jurídico previo a la formulación de cualquier pronunciamiento sobre las exigencias de culpabilidad. Estos elementos subjetivos de la antijuridicidad —partes correlacionadas del tipo, de la antijuridicidad y de la culpabilidad— despliegan en ciertos delitos, según la advertencia de Jiménez de Asúa, una función obstructora de la comisión por imprudencia. Pero puesto que esta obstrucción se realiza ya, precisamente, en el tipo de lo injusto, será entonces imposible hablar de una regla general de incriminación de la culpa, contenida en el artículo 565, de la que sean sustraídos ulteriormente los delitos que contienen elementos subjetivos de lo injusto, sino que estos deberán conceptuarse previamente como motivos adversos a la constitución de dicha regla. Es evidente entonces que existe también un reparo lógico-jurídico que oponer a la doctrina dominante. Esta doctrina presenta una regla general sobre el ámbito de la forma de culpabilidad denominada culpa; dentro de la propia lógica de la regla, procede después a sustraer de ella algunas excepciones particulares: el examen del método utilizado acaba por evidenciar finalmente que estas excepciones son, en verdad, objetos pertenecientes a un campo jurídicamente prioritario, es decir, al campo del tipo de lo injusto.

El análisis de este proceso discursivo acaba, pues, por hacer patente que aquel principio general ha sido establecido sin contar con la función obstructora previa desplegada tanto por los elementos subjetivos del injusto, tomados de momento como ejemplo demostrativo de que la cuestión tratada tiene un planteamiento que necesita ser considerado, como por el dolo del hecho en los casos en que es parte constitutiva del tipo delictivo.

Este planteamiento ha de producirse, por otra parte, en uno, o en varios, de los campos propios de la teoría del delito. La doctrina más extendida entiende que su área propia es la de la culpa en cuanto forma de culpabilidad. Es al tratar de la culpa donde suele prestarse atención al problema. Cabe oponer válidamente a esta idea que la cuestión de los delitos susceptibles de ejecución culposa es un tema a decidir en el terreno de la concreta figura delictiva. El estudio de

ella es el que obtura o posibilita que encuentre aplicación el artículo 565. Con esta indicación, el problema experimenta, sin duda, una transformación cuyas consecuencias prácticas no han de pasar inadvertidas. Pues en vez de ponerse en la base de la discusión el principio general de que de todo delito, salvo excepciones, es susceptible de comisión por imprudencia, habrá sido reconocida, por el contrario, la necesidad ineludible de examinar críticamente las diversas figuras delictivas antes de poder llegar a una conclusión al respecto. La cuestión habrá experimentado así un desplazamiento evidente desde la parte general a la parte especial. No será posible dar en aquella *reglas de contenido jurídico vinculante*, sino al contrario de lo que indica la doctrina prevalente, *orientaciones* a lo sumo sobre ciertos grupos de delitos, susceptibles de ser confirmadas o rectificadas por la figura individual. En la parte especial, existen declaraciones sobre las figuras delictivas particulares en que es posible la comisión por culpa. En la raíz de tales declaraciones no deja de pesar, sin embargo, la regla general previa que se supone contenida en el artículo 565. La generalidad de dicha regla es, sin embargo, discutible. Basta con observar que la posibilidad de ejecución por imprudencia suele ser negada, y a veces no considerada siquiera en una gran parte de delitos contra el Estado y la Sociedad.

Esta transformación del problema habrá mostrado entonces que el criterio decisivo para dar respuesta a la pregunta concerniente a los delitos que reclaman una ejecución dolosa excluyente, es el contenido típico de cada figura delictiva, no la simple posibilidad lógica o conceptual de la ejecución por imprudencia. De esta forma se manifestarán en este terreno las advertencias relativas a que un sistema jurídico penal no puede deducirse de unas cuantas declaraciones fundamentales, o de unos pocos axiomas, obteniendo principios regulativos nuevos por la vía de la mera deducción lógica, sino que es preciso remitir toda decisión material a la peculiaridad de cada problema, bien que procurando no contradecir los principios generales. Como en otros sectores, el empleo de la lógica exclusivamente formal es insuficiente aquí para los fines del Derecho. De ahí que tal tipo de lógica ceda crecientemente el paso a una lógica material, es decir a una lógica del objeto, donde la argumentación descansa sobre consideraciones jurídicas sustanciales, desarrollándose con arreglo a perspectivas políticas-criminales y valorativas (15).

La distinción entre simple posibilidad conceptual y posibilidad o relevancia jurídica está presente en el derecho penal comparado a través del promeso de tipificación de los especiales delitos imprudentes: tal posibilidad conceptual es igualmente amplia en otros ordenamientos penales, mientras que la posibilidad o relevancia jurídica queda reducida en ellos a un grupo pequeño de acciones culposas es-

(15) V. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. T., 1969, páginas 24 y sigts.

pecialmente tipificados, estimadas penalmente relevantes, es decir, dignas de castigo.

Es aconsejable, pues, una sustitución del planteamiento lógico-formal y, en cierta medida, extratípico del problema, por una forma de consideración que descansa menos en reglas generales que en el tipo delictivo individual.

El artículo 565 estará en función, consecuentemente, de una consulta doble. En primer lugar, de que la figura delictiva no intercepte ya su aplicación, por contener características típicas incompatibles con la culpa. Sólo en este caso habrá lugar para examinar, subordinadamente, que están presentes además los elementos *proprios* de los delitos de imprudencia.

Cuanto queda indicado constituye un punto de partida tan sólo, frente al que pudiera oponerse quizá que la seguridad conferida por la interpretación prevalente del artículo 565 cede el paso a una visión individual de cada figura delictiva, con aminoración correlativa de la seguridad jurídica encarnada por esta «fórmula general». Esta reserva sería, sin embargo, infundada. La concepción dominante del artículo 565 contiene, sin duda, tendencias e implicaciones expansivas de la punibilidad, mientras que el método propuesto obliga, por el contrario, a una visión concreta, individual y específica de la tipicidad, en que el contenido de la figura de delito es considerado como realidad digna de castigo, con el distanciamiento consiguiente de la visión formal del problema propia de aquella. De esta forma se facilita una aplicación razonablemente restrictiva de las figuras de delito susceptibles de comisión culposa, que no impide la aproximación del código al derecho penal comparado de su círculo de cultura, a través de las pertinentes tareas jurisprudenciales y dogmáticas.

La distinción entre posibilidad conceptual y posibilidad o relevancia jurídica, entrevista por autores españoles como Rodríguez Devesa, Sáinz Cantero o Rodríguez Mourullo, ha sido sugerida igualmente en la dogmática extranjera. Kern la pone de relieve respecto a los delitos de expresión, donde a su juicio cabe pensar, sin más, en la manifestación culposa de un determinado contenido, siendo distinta cuestión, si el derecho en vigor admite tales delitos de expresión culposamente cometidos, es decir, si establece penas para los tipos de expresión cometidos por imprudencia (16). La distinción surge también, por ejemplo, cuando se suscita la cuestión de una tentativa por imprudencia, concebible, pero impune, o cuando se advierte sobre la admisibilidad lógica de la culpa respecto a conductas cuya falta de punibilidad está, sin embargo, acreditada en la ley (17).

(16) V. KERN, E., *Los delitos de expresión* (traducción de Finzi, C. A.), Buenos Aires, 1967, pág. 92.

(17) V. MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal* (trad. de Córdoba Roda, J.), Tomo II, pág. 219.

III. Lo decisivo es, por tanto, si el tipo del delito obstruye o intercepta ya, según su sentido conjunto, la posibilidad de la ejecución por culpa. La declaración de estar presente una situación semejante es en cada caso consecuencia de un proceso exegético a cumplir sobre la figura de delito concreta, proceso en el que cabe y ha de recurrirse a todos los criterios interpretativos.

En el ámbito de las doctrinas generales del delito sólo es posible, en consecuencia, efectuar indicaciones orientadoras. La pregunta sobre si un delito es o no susceptible de ejecución culposa no puede obtener respuesta concluyente en la parte general, en contra de lo que suele afirmar la concepción dominante. Es este un problema que corresponde, por el contrario, a la parte especial. Las referencias de Jiménez de Asúa sobre ciertos delitos particulares anticipan en alguna medida este punto de vista (18). Lo que puede indicarse, a lo sumo, como regla general es que no admiten obviamente, la ejecución por culpa los delitos que contienen el dolo entre sus elementos típicos constitutivos. Pero una contestación como esta exige aún, sin embargo, aclaraciones sucesivas. En primer lugar, porque el concepto del dolo no es unívoco en la dogmática actual, donde a veces se designa como dolo la simple voluntad de ejecución de las características objetivas del tipo, mientras que en otras es aludida así la forma básica de la culpabilidad comprensiva también de la conciencia de la antijuricidad. Tal contestación no separaría, en segundo lugar, en que el dolo es considerado característica *típica* constante de los delitos dolosos cada vez con frecuencia mayor en la doctrina española (19). No advertiría, por último, que el problema de la aplicabilidad del artículo 565, correlativo al de la determinación de los delitos de exclusiva ejecución dolosa, ha experimentado en la ciencia contemporánea una transformación sensible, pues según una opinión extendida han de incluirse en dicha disposición los casos de error evitable sobre los presupuestos fundamentados de una causa de justificación, mientras que otro sector reconduce también a ella los supuestos denominados de culpa de derecho o error

(18) V. loc. cit., págs. 1050 y sigts.

(19) V. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en «ADPCP», 1961, págs. 55 y sigts.; el mismo, *Notas a la traducción de El nuevo sistema del Derecho penal*, de HANS WELZEL, 1964; CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, cit., págs. 93 y sigts.; *Notas al Tratado*, de REINHARDT MAURACH, T. I., págs. 301 y sigs. y el artículo de la ZStW antes mencionado; SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones críticas a la antijuricidad en el finalismo*, 1963, examina, sin aceptarlos expresamente, los puntos de vista finalistas sobre el dolo, las causas de justificación y la culpa, a los que opone serias reservas; una declaración expresa sobre la inserción del dolo en el tipo, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, sep., del «Anuario de Ciencia Jurídica», 1971, págs. 285 y sigts.; YÁÑEZ ROMÁN, *La teoría final de la acción*, en «Rev. de la Fac. de Derecho de la Univ. de Madrid», 1968, págs. 493 y sigts., entre los autores que tienen más conexión con el tema citado en el texto, a partir de la monografía de RODRÍGUEZ MUÑOZ del año 1953.

evitable sobre la conciencia de la atijuricidad (20). Es preciso, por tanto, analizar el sentido del contraste entre dogmática tradicional y dogmática finalista respecto al problema tratado, tomando posición sobre la solución correspondiente. Por otro lado, es necesario también poner de relieve qué grado de compatibilidad existe entre tal solución y las tendencias que remiten al artículo 565 tanto la disciplina del error sobre los presupuestos constitutivos de una causa de justificación, como la del error evitable sobre la antijuricidad.

IV. Entre los autores que admiten una concepción objetiva de la antijuricidad, matizada por el reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del injusto, tiene el problema discutido la orientación siguiente:

a) Está excluida la incriminación de la imprudencia en los delitos que contienen el dolo entre sus elementos. Rodríguez Muñoz habla de los casos en que la naturaleza conceptual del delito excluye de por sí el castigo de otra conducta que la dolosa (21); Antón Oneca, de supuestos en que el dolo forma parte de la figura delictiva, sea de forma expresa o tácita, pues no es necesario, afirma, que el legislador mencione la voluntad de ejecución manifiestamente, sino que es posible que mediante un proceso de interpretación pueda establecerse la necesidad de su existencia (22). Jiménez de Asúa se pronuncia también en este sentido (23). La referencia al dolo es efectuada también por Rodríguez Devesa, con mención de los diversos grupos de delitos en que forma parte de la figura delictiva. Estos son, en primer lugar, aquellos en que el legislador incluye entre los elementos constitutivos del delito las palabras «de propósito», «a sabiendas», «maliciosamente» u otras semejantes, con las que generalmente se entiende producida la exclusión de las formas culposas; en segundo término, los delitos en que la naturaleza de la acción impide pensar en la posibilidad de esta forma de ejecución, que por ello está excluida, pues no es imaginable, a su juicio, la fabricación de moneda falsa del artículo 283 o el fingimiento de firma sin la concurrencia del dolo, pudiéndose afirmar, en este sentido, que hay delitos que *re ipsa in se dolus habent* (24). Quintano Ripollés hablaba de la existencia de casos que reclaman una reduplicación del dolo (25). Aparte la singularidad de la expresión, esto supondrá un dolo previo, susceptible de incluirse aquí.

(20) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, T. VI, 1962, página 589; CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, págs. 130 y sigts.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, en «ADPC», 1963, págs. 642 y sigts.

(21) V. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., en el *Tratado de Mezger*, T. II, cit., página 190.

(22) V. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p. gen., 1969, pág. 224.

(23) V. *Tratado*, T. V., cit., págs. 1044 y sigts.

(24) V. *Derecho penal español*, p. gen., cit., pág. 397.

(25) V. *Derecho penal de la culpa*, 1958, pág. 235 y sigts.

b) Existe unanimidad prácticamente total sobre la exclusión de la comisión por culpa si el delito contiene entre sus características constitutivas un elemento subjetivo de lo injusto, aludiéndose también a los delitos de tendencia como caso particular (26).

c) Tras el criterio de Silvela ha declarado el Tribunal Supremo en ocasiones repetidas que no es posible la ejecución imprudente en los delitos de resultado, mencionando éste con la conocida expresión «mal efectivo y concreto». De esta restricción se ha separado la Sala Segunda con alguna frecuencia, extendiendo la pena a delitos de simple actividad ejecutados culposamente, lo que se pone de relieve, por ejemplo, en el caso de las falsedades (27).

d) Generalmente, se entiende que las faltas, a no ser que se hallen tipificadas especialmente, no permiten la ejecución por culpa (28).

e) Ciertas afirmaciones aisladas parecen sugerir también la impunidad de la ejecución por imprudencia de un injusto de bagatela. Rodríguez Devesa indica que la práctica ha conseguido limitar al alcance desmesurado de las cláusulas generales de incriminación culposa por diversas vías, ante todo con la absoluta falta de interés en la persecución penal de infracciones de mínima gravedad cometidas culposamente, como el leve desconchado de pintura producido por un vehículo de motor al salir torpemente del aparcamiento (28).

f) La aplicabilidad del artículo 565 no puede extenderse a los delitos contenidos en la legislación especial, a causa de lo que se establece el artículo 7 del código. Frente a este criterio, estimaba Quintano Ripollés compatible aquella disposición con el contenido del Código de Justicia Militar (29).

V. Entre los partidarios, sucesivamente más numerosos, de la inclusión del dolo en el tipo, Córdoba Roda afirma lo siguiente: en el delito culposo ha de producirse a consecuencia de la acción un resultado no querido por el autor. Cuando al respecto se habla del resultado, la expresión no se toma, sin embargo, en un sentido material, sino en un sentido ideal, es decir, como lesión o peligro del bien jurídico. La punición por imprudencia se extiende tanto a los tipos de causación —como el homicidio y las lesiones— como a los delitos de simple actividad, tal como ciertas modalidades de falsedad documental o abuso deshonesto. De acuerdo con ello, rechaza este autor la tesis de que la

(26) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. V., cit., págs. 1050 y 1058; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., pág. 237; BARBERO SANTOS, *El bandolerismo en la legislación vigente*, en «ADPCP», 1970, pág. 269.

(27) El asunto sigue siendo discutido en la doctrina. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., pág. 238, niega la posibilidad en los delitos de simple actividad; contra, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, p. general cit., pág. 398; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de intrusismo*, cit., páginas 41 y sigts.; CÓRDOBA RODA, J., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, cit., pág. 431.

(28) V. DEL ROSAL, J., *Principios de Derecho penal español* T. II, pág. 543.

(29) V. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *La culpa en el Derecho penal militar*, en «Revista Esp. de Der. Mil.», núm. 4, jul.-dic. 1957, págs. 9 y sigts.

punibilidad por culpa se limite a los tipos que exigen la producción de un resultado natural, o como afirma el Tribunal Supremo, de un mal efectivo y concreto. Destaca, además, que la idea de que los delitos que contienen elementos subjetivos de lo injusto no permite la ejecución imprudente, aun resultando satisfactoria por implicar una restricción del ámbito de aplicación de la culpa, no es plenamente correcta desde el punto de vista lógico, pues es perfectamente concebible la realización de un tipo que presenta elementos subjetivos de lo injusto estando presente un error evitable sobre el tipo objetivo y sin que, simultáneamente, falten tales elementos, según sucede en la violación o el abuso deshonesto cuando el autor yerra sobre la edad o la seriedad de la resistencia de la víctima. A su juicio tampoco puede castigarse normalmente, por último, la ejecución por imprudencia de los delitos en que el dolo se resalta expresamente por la ley, pues la mención de él suele coincidir con la voluntad legal de poner únicamente bajo penal la ejecución dolosa (30).

VI La tesis de que el dolo pertenece al tipo, acogida de forma creciente en la doctrina española, repercute esencialmente sobre el problema debatido aquí llevando a la conclusión lógica de que ningún delito del libro segundo del código, salvo los culposos especialmente tipificados, admite la realización por imprudencia. Es evidente que si el dolo fundamenta la tipicidad de la acción, el delito no puede admitir simultáneamente notas que, como la culposa, presuponen materialmente su ausencia. La escisión del «nuevo sistema» del derecho penal, cumplida en el área sistemática del tipo, entre delitos dolosos y culposos, encontrará reflejo en el artículo 565 del código penal a partir de aquella premisa. Pues mientras que el tipo, entendido de forma objetiva, hace factible, o no elimina, la realización por dolo y por culpa, la concepción compleja propia de la dirección final originará que resulte excluida en su propia área la tipicidad de las conductas imprudentes. Los delitos culposos tendrán que encontrar, en consecuencia, todas sus características típicas constitutivas fuera del campo propio de los delitos intencionales. En tal interpretación del artículo 565, aparecerá reflejada indirectamente la «culminación» de la teoría del tipo que se inició décadas atrás con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto. Mientras que la tipicidad de los delitos dolosos deberá ser determinada a través del contenido de voluntad del autor, la de los delitos de imprudencia reclamará una fundamentación en todo especial: el artículo 565 habrá de ser contenido ahora, conforme a esta visión del problema, como un *delictum sui generis*, que contiene dentro de sí la totalidad de las características típicas que la constituyen. Para quienes admitan el postulado de que el dolo es elemento típico —sobre la base o con independencia de determinada concepción de la ac

(30) V. *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, cit., página 437.

ción— será, pues, contradictoria toda indagación relativa a si ciertos delitos admiten la culpa, pues nunca podrá compatibilizarse la idea de que el delito reclama el dolo típico y da pie, simultáneamente, para una investigación sobre la posibilidad de su ejecución imprudente. Los partidarios de dicho postulado fundamental tendrán que apreciar, paralelamente al sistema finalista, un *delictum sui generis* en el artículo 565 del código.

Es inevitable pensar entonces si no se está aquí ante la tesis del *crimen culpae*, que rehusada de forma general, reaparece de la mano de la doctrina finalista de la acción y de quienes comparten su postulado de que el dolo pertenece a la tipicidad. Esta suposición hace necesarias algunas precisiones.

Para la doctrina dominante, no conoce el código penal — ni debe aconsejarse *de lege ferenda* tampoco— un ataque unitario a bienes jurídicos de naturaleza culposa, sino distintos *crimina culposa*, que poseen recíproca autonomía. Estos delitos suponen un tipo que carece de notas incompatibles con la culpa, susceptible de ser realizado dolosa o culposamente. La carencia de contenido subjetivo del tipo permite, por ello mismo, que pueda recibir un contenido subjetivo cualquiera. Por ejemplo, el homicidio es concebido, según este punto de vista, como lesión de la vida humana, es decir, como un proceso objetivo, causal, ajeno al contenido de voluntad. Esta neutralidad subjetiva hace que pueda conectarse al tipo indistintamente una y otra forma de culpabilidad. En la existencia de tipos de esta naturaleza parece hallar confirmación la afirmación de Binding de que sólo quienes piensan poder transformar artificialmente lo que es especie exclusiva de culpabilidad en un *crimen culpae*, imaginan también haber establecido un *delictum sui generis* ejecutable sólo por imprudencia (31).

La adopción de una concepción exclusivamente objetiva del tipo en el derecho penal español no produciría, pues, en su propia área, restricción alguna a la aplicación del artículo 565. Esta restricción sólo podría determinarla, ulteriormente, la exigencia en la figura delictiva de momentos especiales de culpabilidad. Tal concepción objetiva de la tipicidad mostraría, en sí misma, concordancia con la idea de que todo delito puede ser cometido culposamente.

Esta visión de la tipicidad sólo es sostenida raramente en la dogmática alemana y austríaca. En general, ha sido complementada

(31) V. BINDING, K., *Die Normen*, loc. cit., pág. 451. Esta declaración y las que han sido utilizadas antes suponen una concepción objetiva de la antijuricidad. OEHLER, D.: *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, pág. 16, recuerda la declaración de BINDING, en *Normen*, I, pág. 244, de que «lo que se denomina injusto objetivo es puro azar», pero advierte de que en otros momentos existen manifestaciones suyas en favor de una concepción objetiva de la antijuricidad. Así, en *Normen*, II, 1, pág. 231, nota 7. En este sentido se halla la afirmación de la posibilidad de un cumplimiento del tipo objetivo tanto dolosa como culposamente a que se ha aludido antes en el texto. La toma de posición de BINDING no es, para OEHLER, suficientemente clara.

por el reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo. De la misma manera que su descubrimiento hizo quebrar en su día la separación entre antijuridicidad y culpabilidad, su admisión por la doctrina española lleva a su vez a que los diversos *crimina culposa*, paralelos según la concepción objetiva a los delitos que admiten la ejecución por dolo, experimenten una reducción por razones que proceden, no sólo de la exigencia de una especial culpabilidad, sino del propio ámbito del tipo del injusto. Pues si el delito es acción típicamente antijurídica, no podrá cumplir el tipo la imprudencia en tanto se atribuya —lo que sucede comúnmente— un contenido material a tales elementos que resulte contradictorio con ella. Es conocido que la polémica mantenida entre la dirección dogmática tradicional y la finalista en la década de los años cincuenta, a la que puede considerarse terminada sin transacción, ha posibilitado en la primera un entendimiento más amplio y más exacto de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, que ha conducido a admitir que, si no en todos los delitos dolosos, como pretende la concepción final, en ciertos delitos al menos es el dolo del hecho parte típica constitutiva. Esto sucede, sin duda, con frecuencia. Pero con uno u otro matiz, la doctrina de los elementos subjetivos de lo injusto no altera el significado sistemático de la contraposición *crimen culpae-crimina culposa*. De la misma forma que cuando el tipo, correlativamente a la tesis de Beling, es entendido de forma puramente objetiva, no existe inconveniente para sostener que el código penal lo que concede son *crimina culposa* correlativos u homogéneos con las infracciones dolosas, la doctrina de los elementos subjetivos del tipo indica que mientras no esté acreditada su presencia nos encontramos ante idéntica situación. En consecuencia, el sentido sistemático de la afirmación de que el artículo 565 expresa la existencia de *crimina culposa* diversos resulta confirmado. Este contiene una forma de culpabilidad, sin ser transformado en una norma jurídica independiente que contenga dentro de sí todos los elementos de injusto y de culpabilidad.

Por el contrario, esta transformación es efecto ya, según ha sido expuesto, de las declaraciones correspondientes a la última fase de la evolución histórico-dogmática de la tipicidad, en la que es característica la inserción del dolo en el tipo. El proceso científico que lleva desde la concepción de Beling hasta la doctrina finalista muestra, según esto, una línea paralela a la del proceso dialéctico inmanente en la contraposición *crimina culposa-crimen culpae*, cosa que, desde otro punto de vista, no escapó a la perspicacia de Rodríguez Muñoz.

Procede preguntar ahora sobre las consecuencias de esta mutación. En este sentido, hay que destacar primordialmente la eliminación o anulación de un finalismo que proceda consecuentemente, de la función atribuida en la literatura al artículo 565. La inexistencia del dolo del hecho hace que quiebre la tipicidad de la acción culposa por falta de congruencia entre tipo objetivo y subjetivo, debiendo ser fundamen-

tada entonces de conformidad con el delito independiente en que ha sido transformado el contenido del artículo 565; en su caso con los artículos 586, 3.º y 600, eventualmente, con las disposiciones del libro II del código relativas a los delitos culposos especiales. En el ámbito del artículo 565 habrá tenido, pues, lugar, a través del proceso evolutivo de la teoría del tipo, una metamorfosis de lo que la dogmática estimaba ser forma de culpabilidad, y es ahora delito especial o *sui generis*. Según tal hipótesis, refleja el código penal con exactitud la concepción final de lo injusto, pues además de permitir una disociación de delitos dolosos y culposos en el área del tipo, la potencia en mayor medida que otros ordenamientos confirmándola con una norma general.

Todas estas consecuencias dimanaban lógicamente de la premisa de que el dolo es elemento constitutivo del tipo. Sin embargo, existen en el propio artículo 565 datos que parecen oponerse a esta premisa y a las conclusiones a ellas inherentes. En el párrafo último del artículo 565 indica, por ejemplo, el legislador que delito doloso o intencional y delito culposo o por imprudencia son el *mismo* delito, lo cual no puede significar cosa distinta a que el tipo es idéntico en ambos. Puede, sin embargo, prescindirse de este lado, en la discusión para que la solución de un problema primordial no dependa sólo de motivos lingüísticos o de razones lógicas, independientes de criterios jurídicos sustanciales.

La declaración de que el dolo es elemento del tipo es posible que confirme también aquí las ventajas lógico-sistemáticas atribuidas con frecuencia a la dirección final. Problema diverso es si con ello no surgen inconvenientes sustanciales o materiales de peso, como los que, por ejemplo, se ponen a cargo de la doctrina del *crimen culpae* (32).

Ha solido tropezar esta noción con objeciones procedentes no sólo del plano dogmático, sino también constitucional. Sus implicaciones negativas han sido evidenciadas con frecuencia. Puntos de vista constitucionales oponen al concepto su incompatibilidad con la función de garantía de los tipos. Al concebirse el artículo 565 como *crimen culpae* hace que queden relativamente indefinidos la acción y el resultado típico, que han de ser determinados mediante un proceso judicial de integración. Aunque pudiera creerse que la concepción de los delitos imprudentes como *crimina culposa* conduce en el código, a igual resultado, esto, en verdad, no es así. La doctrina de los *crimina culposa* supone que el tipo es en ciertos delitos igual para delito doloso y culposo, con lo que el argumento de que el artículo 565 debía sin precisar la materia prohibida, deviene inexacto, pues esta disposición no contiene la materia prohibida, es decir, el tipo, sino una forma de culpabilidad que tiene el tipo como presupuesto. Es preciso, por tanto, examinar con detalle las consecuencias implicadas en la tesis finalista, pues parece

(32) V. ENGLISH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pág. 50, considera un mérito de EXNER haber replanteado el problema de la culpa desde el punto de vista de que no hay un *crimen culpae*, sino solamente *crimina culposa*.

producir un profundo cambio en el actual estado de la literatura española sobre los delitos culposos. La recepción o admisión del sistema finalista no puede ser efecto solamente de postulados prejurídicos, lógicos o filosóficos, sino también de la comprobación de las consecuencias a que conduce en cada orden jurídico concreto.

Según Mezger, el derecho positivo no conoce un único *crimen culpae* general, es decir, un único delito culposo, unitario, consistente en la infracción de determinados deberes, sino delitos culposos particulares (*crimina culposa*) (33). Esta extrañeza al derecho positivo ha sido destacada de forma general. Rodríguez Muñoz expresa la misma idea y advierte que según la tesis del *crimen culpae* la propia esencia del delito culposo radica en la imprudencia, consistiendo la acción anti-jurídica y culpable sólo en realizar *algo* imprudente que trasciende al mundo exterior, siendo el denominador común imprudencia el que establece el carácter unitario de la conducta, exigiéndose *sólo* a los efectos de penalidad otra cosa ulterior que, pese a su variedad en cuanto resultado, en nada afecta al carácter unitario del propio delito, del que tal efecto es mera condición de punibilidad (34). Maurach afirma también que «el derecho positivo no conoce ningún *crimen culpae*, sino únicamente un *crimen culposo*, lo que quiere decir que si bien en el código penal alemán se dan una serie de tipos punibles únicamente por comisión culposa, no existe, sin embargo, una disposición paralela al parágrafo 828 del código civil, de modo que toda conducta culposa, lesiva o peligrosa para el Derecho, esté situada bajo pena» (35), de la misma forma en que, según el artículo 1.902 del código civil español, todo el que causa daño a otro mediante culpa o negligencia está gravado por un deber de reparación. Actualmente proporciona Rodríguez Devesa indicaciones valiosas que apuntan, en alguna medida, hacia la dirección expuesta aquí, afirmando que «lo esencial del *crimen culpae* no sería la realización culposa del tipo de lo injusto, sino la imprudencia misma, la falta de atención o de cuidado, operando el resultado, en su caso, como procedimiento de selección de las imprudencias punibles, con lo que habría que hablar no de un homicidio culposo o por imprudencia, como procedería con arreglo a la tesis de los *crimina culposa*, sino de un delito de imprudencia con resultado de muerte», destacando que «si el delito consiste en la imprudencia misma, se impone la doble consideración de que el tipo del delito de imprudencia no es el delito doloso y que la imprudencia no ha de ir referida entonces al resultado» (36).

A los argumentos dogmáticos se suman, conforme ha sido dicho;

(33) V. *Tratado*, cit., II, págs. 180 y sigts.

(34) V. MEZGER, E., *Tratado*, cit., I., págs. 204 y sigts. El texto de RODRÍGUEZ MUÑOZ es el que está hoy todavía en primer plano sobre estos problemas.

(35) V. *Tratado*, cit., II, pág. 219. Vid. en pág. 254 el punto de vista de CORDOBA RODA.

(36) V. *Derecho penal español*, p. gen., cit., págs. 401 y sigts.

otros de carácter constitucional (37). Una concepción que vea en el artículo 565 un delito independiente de imprudencia punible, un *delictum sui generis*, ha de cargar con reparos procedentes del área del principio *nullum crimen sine lege* y de la concepción del tipo delictivo como garantía de la persona humana. Pues, en efecto, el artículo 565 no logra proporcionar entonces una imagen exacta de la conducta antijurídica, una orientación clara de lo que está prohibido y permitido y, en fin, conminado con pena criminal. Habría que preguntar en ese caso, qué acontecimientos o resultados constituyen los presupuestos de la penalidad establecida en los distintos párrafos de la disposición y esperar, lógicamente, una de estas dos respuestas: o que todos los delitos pueden proporcionar tal elemento integrador, en el sentido de que es punible todo ataque imprudente a bienes jurídicos protegidos en los tipos de los delitos dolosos, o entender, por el contrario, que a través de cierto proceso interpretativo, es posible efectuar una selección de los hechos imprudentes conminados con penas criminales (38).

El código penal mostraría, en el primer caso, mayor hipertrofia aún que la que ya lo caracteriza, según las interpretaciones usuales, frente a otros ordenamientos penales de su mismo área de cultura, hipertrofia o inflación de los delitos culposos que acabaría por reproducir, paradójicamente, la declaración de que *todo* delito puede cometerse por imprudencia, declaración ésta adversa, en verdad, al proceso de diversificación dogmática entre acción causal y acción final y de subjetivación creciente de lo injusto. Respecto a la segunda alternativa, es una carga de quienes postulan un concepto final del tipo indicar con arreglo a qué criterios ha de ser cumplido dicho proceso de selección.

Tras un itinerario histórico-dogmático complejo el finalismo mostraría así que sus dificultades tradicionales en el campo de los delitos culposos están incrementadas por la peculiar regulación de la imprudencia en el código penal español. Esta consecuencia pudiera atribuirse, acaso, a una identificación apresurada entre los efectos de la tesis final sobre el tipo y la concepción del artículo 565 como un *crimen culpae*. Mas es difícil rechazar, según una línea lógicamente sostenible, la conclusión de que si el dolo es característica típica, el artículo 565 tiene que ser entendido como *delictum sui generis*. Pudiera sugerirse que, en todo caso, este *delictum sui generis* no tiene por qué soportar las objeciones dirigidas desde siempre a la tesis del *crimen culpae* que han sido señaladas, pues el delito especial de imprudencia punible del artículo 565 permitiría reducir su radio de eficacia

(37) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (Principio de)*, cit., pág. 890.

(38) Sobre todos estos problemas debe verse el punto de vista de CÓRDOBA RODA, en MAURACH, *Tratado*, I, págs. 301 y sigs., 307 y sigs. y II, 216 y siguientes, y el artículo de la ZStW, citado anteriormente.

a grupos particulares de hechos, de forma semejante, por ejemplo, a la apuntada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando limitaba la aplicación de la disposición a la producción de un resultado natural, o mediante consideraciones restrictivas homogéneas o paralelas. Esta interpretación exigiría en este caso un examen de las características típicas del delito de imprudencia contenidas en el propio artículo 565 que sería necesario proseguir. La tipicidad de los delitos imprudentes está, por de pronto, en función de la *ejecución de un hecho* y de notas ulteriores. En consecuencia, ha de comenzarse por determinar qué *hecho* es el que se menciona aquí a fin de lograr una restricción razonable del ámbito de aplicación de la norma (39). Pues puede advertirse ya que la mera identificación de tal mención típica con el elemento externo de cualquier delito doloso, es decir, con el tipo objetivo de las figuras del libro segundo del código, no conseguiría impedir en absoluto la inflación de acciones punibles por imprudencia a que conducía la tesis del *crimen culpae*, ni la imprecisión de la materia prohibida que hace a esta concepción del artículo 565 problemática según una idea material del principio *nullum crimen sine lege*.

Las aproximaciones sucesivas a la solución buscada muestran que existe una relación entre aspectos materiales y sistemáticos del problema. El reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto ha conducido a la doctrina española de inspiración neoclásica a una separación insuficiente de ambos aspectos. La tesis de que el dolo es elemento del tipo, propia de la dirección final, lleva a considerar a su vez el contenido del artículo 565 como uno, o varios, *delicta sui generis*. En uno u otro caso la afirmación tiene como base el tipo (de lo injusto), no el tipo del delito como conjunto de características fundamentadoras de lo injusto y de características especiales de culpabilidad propias de una determinada especie delictiva. Hay que preguntar, pues, sobre el criterio que permite dar una orientación material y sistemáticamente aceptable al problema.

VII. El concepto del tipo está hoy tan controvertido como sujeto a variantes terminológicas, lo que hace precisas algunas declaraciones sobre el sentido en que puede afirmarse que el problema estudiado pertenece sistemáticamente al área del tipo o figura del delito, no exclusivamente al campo del tipo del injusto ni del tipo de la acción (40). Hay que recordar al respecto que es posible reconocer, en primer lugar, un tipo de la acción que según MEZGER-BLEI, es equivalente a la totalidad de los presupuestos de la acción punible, incluidas las exigencias de culpabilidad. El tipo de la acción comprende el

(39) V. CÓRDOBA RODA, en el *Tratado* de MAURACH, I, págs. 303 y sigts.

(40) V. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal*, p. gen. v. I, 1968, páginas 703 y sigts.

dolo, o en su caso, la culpa, como formas de culpabilidad. Esta es elemento general del delito (41).

Cuando se habla sin más del tipo se alude, sin embargo, al tipo de lo injusto, es decir, al tipo en sentido estricto o técnico, como conjunto de características en las que encuentra expresión la antijuricidad de un determinado comportamiento humano. El tipo de lo injusto puede contener elementos subjetivos, pero el dolo —como dolo natural o voluntad de ejecución de los elementos objetivos del tipo— no forma parte de él. No impide esto que en ciertos delitos la voluntad de ejecución sea utilizada por el legislador para la constitución de lo injusto. La presencia de elementos subjetivos de lo injusto va ciertamente más allá de los ejemplos tradicionales de los delitos de intención, tendencia o expresión, citados como casos *clásicos* al respecto. Con relación a *delitos determinados* puede ser decisiva también la dirección imprimida por el sujeto de la acción para la producción del resultado, siendo entonces la voluntad un elemento típico subjetivo (42). La decisión sobre la frecuencia de estos casos depende del examen de las figuras delictivas concretas. Pero el dato de que el dolo no pertenece siempre al tipo se confirma en el Código penal, de forma más sencilla que en los derechos donde se distingue típicamente un delito culposo y otro doloso que lesionan el mismo bien jurídico (por ejemplo, homicidio doloso y homicidio culposo), pues el artículo 565 revela con evidencia que ambas formas de culpabilidad implican un tipo unitario (por ejemplo, matar a otro, menoscabar su integridad, etc., etc.).

Estas acepciones son, sin embargo, insuficientes. Hasta ahora ha quedado dicho que el tipo de lo injusto no depende siempre, aunque puede depender, del dolo del hecho, y que el dolo, en el sentido técnico de la expresión, es decir, el dolo malo, la voluntad antijurídica, es elemento general, al lado de la culpa, del concepto del delito.

Es preciso aludir todavía a otras manifestaciones del *tipo*, habida cuenta de la peculiaridad de ciertas figuras delictivas que muestran momentos o características de culpabilidad especialmente tipificados. Como ejemplo pueden proponerse ciertos delitos en que el dolo natural es reclamado por la figura delictiva sobre la base de un injusto típico constituido *ya* mediante la ejecución de la acción determinante de la lesión del bien jurídico. La acción típica es igual, por ejemplo, en el infanticidio y el asesinato premeditado. Lo injusto se halla fundamentado en tales especies delictivas con la lesión de la vida humana mediante la realización de una *acción*. La antijuricidad no depende en ellas ni de la *causa honoris* ni de la premeditación. Estas notas típicas implican o presuponen el dolo del hecho, por un lado; por otro, no pueden ser consideradas elementos subjetivos de lo injusto del infanticidio o del asesinato, pues la fundamentación de la antijuricidad ha

(41) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht* I Allg. T., 14 ed., pág. 106.

(42) V. MEZGER-BLEI, loc. cit. pág. 104.

sido previamente cumplida, al margen de ellos y de la dirección letal del autor, por la lesión del bien jurídico. La presencia de elementos concernientes a la necesidad de una culpabilidad peculiar es, además, más frecuente de lo que pudiera creerse a primera vista, si se rectifica la tendencia a identificar cualquier mención subjetiva existente en la figura del delito como alusión a la antijuricidad tipificada. Existen delitos que reclaman una culpabilidad específica. En relación con esta característica detallada de forma más precisa a continuación, es posible hablar de un tipo de culpabilidad comprensivo de los factores que distinguen de forma inmediata la actitud culpable del autor expresada en el hecho (43). Hay delitos en que este tipo de culpabilidad está caracterizado por reclamar la presencia del dolo como culpabilidad *exclusiva* interceptándose así por lo tanto, la posibilidad de la ejecución por imprudencia.

A las naciones indicadas del tipo viene a unírseles, por último, otra acepción. Trátase de la noción del tipo de delito constituido por el tipo de lo injusto y el tipo de culpabilidad, es decir, por la figura de delito, como conjunto de elementos particulares, *no generales*, de que depende la punibilidad de una acción. Es esta una noción específica, material y valorativa, que por tener que responder a las exigencias del código español se aleja de otras concepciones. En particular, es distinta del concepto de tipo del delito propuesto por Gallas (44), o por Jescheck (45) por la razón de que el dolo no es captado permanentemente por ella, sino sólo en ciertos delitos particulares. Parte, pues, de que el dolo ha de ser considerado como forma de culpabilidad. Se aproxima a ellos, sin embargo, por su carácter concreto y específico, y el distanciamiento de una visión simplemente formal.

Como síntesis de lo expuesto, puede decirse que la noción de tipo es concebida en las direcciones siguientes (46):

(43) V. GALLAS, W., *La teoría del delito en el momento actual*, traducción de CÓRDOBA RODA, J., págs. 25 y sigts.; JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pág. 168.

(44) V. GALLAS W., loc. cit., págs. 45 y sigts.

(45) V. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., págs. 168 y 308 y siguientes.

(46) Las manifestaciones del «tipo» que se ofrecen en el texto son consecuencia del examen del estado actual de la literatura—de la que ha podido decirse que adolece de una confusión babilónica—, en función de las exigencias peculiares del Derecho penal español. No existe inconveniente, sino que es necesario, a mi juicio, mantener todas las variedades citadas, incluso concibiendo el dolo como forma de culpabilidad. En todo caso es imposible proporcionar aquí una justificación más detallada, intentando precisar también el sentido de otras manifestaciones del «tipo» o de otras menciones del «tipo» existentes en la dogmática. Interesa destacar de entre el cúmulo de opiniones que, sin duda, encubren a veces una realidad unitaria—tipo legal, tipo del error, tipo objetivo, o, en su caso, tipo del sistema o tipo del injusto, así como tipo general o tipo de la acción—el punto de vista de SCHÖNKE-SCHÖRDER, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 15 ed., 1969, págs. 20 y sigts., donde, previo indicar que no carece de razón SCHAFFSTEIN al hablar de una selva de la doctrina del tipo, frente a las

En primer lugar, como *tipo de la acción*, equivalente a la totalidad de presupuestos de la acción punible, incluida la culpabilidad y las condiciones de punibilidad. La culpabilidad, concebida normativamente, muestra como formas suyas el dolo y la culpa, elementos *generales*, alternativamente, del delito.

cinco acepciones proporcionadas por ENGISCH en el libro homenaje a MEZGER, piensan ser necesarias solamente las dos siguientes: Primera, el *tipo general*, en el sentido del tipo de garantía, con el que se designa la totalidad de presupuestos que han de darse para que pueda imponerse la pena, dentro del cual puede distinguirse entre tipo objetivo, comprensivo de los presupuestos objetivos, externos a la persona del autor, y tipo subjetivo, con el que se designan los presupuestos internos a ella, como el dolo, la imputabilidad, etc. Este concepto del tipo general coincide sustancialmente con el tipo de la acción. Es también el tipo de garantía, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*. La segunda acepción a que SCHÖNKE-SCHRÖDER, pág. 22, aluden es el *tipo legal*, con el que se menciona la parte del tipo general mediante la cual determina el legislador lo injusto del hecho, o sea, con exclusión de las condiciones de punibilidad y los presupuestos de culpabilidad, mas con inclusión de los elementos negativos del tipo. Para SCHÖNKE-SCHRÖDER la significación del tipo legal—coincidente con el tipo del error de ROXIN—es que el dolo del autor tiene que captar sus elementos, de manera que el desconocimiento de los mismos excluye la actuación dolosa. En este sentido, el tipo legal es el tipo objetivo según una concepción compleja de la tipicidad que incluya el dolo como característica subjetiva suya, o sea, el dolo como tipo subjetivo, junto a los demás elementos subjetivos existentes eventualmente en él. Lo que llama la atención en la posición de SCHÖNKE-SCHRÖDER es que asignan, por último, al denominado tipo de lo injusto, constituido por el tipo legal más los elementos subjetivos de lo injusto, función simplemente sistemática, no función práctica. Esta conclusión es discutible. Es interesante destacarlo por la razón siguiente. Al trabajar en la parte especial con una noción del tipo—como tipo de lo injusto—en el que están contenidos los elementos subjetivos de lo injusto—por ej., el ánimo de perjudicar o el ánimo de lucro—, pero no el dolo del hecho, se produce una imagen tortuosa en la exposición del delito. Lo que ocurre entonces es lo siguiente.

En los arts. 306 y 514, 1.º, es típicamente antijurídica la acción si media ánimo de perjudicar o ánimo de lucro, aún sin reclamar previamente, para la fundamentación de la tipicidad, el dolo típico, el dolo del hecho, es decir, la voluntad de falsificar o de tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño. El dolo aparece solamente en un momento ulterior al tratar de la culpabilidad. Podría afirmarse que el *dolus naturalis*, verdadero momento *ex ante* respecto al ánimo de lucro o de perjudicar es tratado, sin embargo, *a posteriori* de ellos. Esto no les sucede a los finalistas, cuyo concepto de tipo no incurre, sin duda, en contradicciones lógicas. SCHÖNKE-SCHRÖDER, previo negar significado práctico al tipo de lo injusto, trabajan a lo largo de la parte especial con la noción de tipo legal. Así surge una imagen lógicamente coherente, pero dogmáticamente contradictoria, pues si el tipo de lo injusto carece de valor práctico, entonces no tiene tampoco significación jurídica, ya que todo concepto penal ha de tener forzosamente una dimensión actuable. Este inconveniente y los que han permitido designar como tortuoso el tratamiento de ciertos delitos mediante la inclusión de elementos subjetivos en la antijuricidad tipificada, pero sin inserción correlativa del dolo del hecho en ella, son evitados, admitiendo una noción de tipo de lo injusto como la del texto. En unión de las demás acepciones en él ofrecidas, pueden articularse en Derecho español todas, o al menos prácticamente todas, las menciones típicas contenidas en los diversos delitos de la parte especial de forma lógicamente coherente y jurídicamente sostenible.

En cuanto *tipo del delito*, es decir, como figura delictiva específica (por ejemplo, infanticidio, atentado, malversación, etc.) equivale el tipo al conjunto de características peculiares de injusto y de culpabilidad propias de un delito determinado. Este tipo del delito contiene, pues, lo específico y diferencial de las distintas figuras delictivas, sin que formen parte de él, por el contrario, los elementos comunes o generales del delito. A su formación concurren el tipo de lo injusto, y en su caso, el tipo de culpabilidad.

El *tipo de lo injusto*, en tercer lugar, o sencillamente, el tipo en sentido técnico, o sea, el conjunto de características concernientes a la antijuricidad de un comportamiento humano, del que, al contrario de lo que indican los autores partidarios de la dogmática finalista, no forma parte permanente o generalmente el dolo del hecho, aunque ciertamente puede contribuir a constituirlo, lo cual sucede en ocasiones frecuentes.

El *tipo de culpabilidad*, por último, como cuadro de características especiales de la culpabilidad de una determinada especie delictiva, sin incluir, en consecuencia, las notas solamente generales, como la imputabilidad, las formas de culpabilidad y la ausencia de causas de inculpabilidad en sentido estricto. La posibilidad de emplear el término tipo para designar tales elementos está discutida, pero no hay inconveniente en designar así a la exigencia típica de notas particulares existentes en algunos delitos atinentes sólo a la culpabilidad.

Cuanto ha sido expuesto proporciona ya indicaciones suficientes sobre el sentido que se atribuye a la posición del dolo en el sistema, en lo que resulta indispensable para la claridad del presente estudio. El dolo es, según él, una noción compleja, una realidad estratificada, a cuya formación concurren elementos intelectuales, volitivos y valorativos. En este sentido, es el dolo una noción normativa, comprensiva de la conciencia de la antijuricidad. Nada impide, sin embargo, que el legislador tome partes o estratos de la realidad compleja denominada dolo con el propósito de lograr determinadas finalidades. Pero como ha sido advertido, es imposible derivar de la circunstancia de que el dolo forme parte del tipo de la acción la conclusión de que es también parte constitutiva del tipo de lo injusto. También respecto al derecho español habla en contra de esta posibilidad la evidencia de que dolo y culpa —por ejemplo, en el homicidio o en los daños— pueden referirse al mismo tipo de lo injusto, lo cual prueba que ninguno de ellos está contenido en él. En este mismo sentido, no debe inducir tampoco a confusión el dato de que en ocasiones aparezca exigido expresamente el dolo como elemento configurador de la especial figura delictiva. En ellos no puede decidirse sin un proceso de interpretación previo si esto es debido a la voluntad legislativa de considerar antijurídico únicamente un proceso de ejecución doloso —con la consiguiente incorporación al tipo de lo injusto del dolo del hecho—, o si, por el contrario, sobre la base de un injusto típico plenamente constituido, es

exigida tan sólo una culpabilidad dolosa excluyente, apareciendo protegida cualquier otra actitud personal por el principio *nullum crimen sine lege*. Es significativa a este respecto la mención anterior del asesinato premeditado y del infanticidio, delitos específicamente dolosos en que la antijuricidad está fundamentada prioritariamente por la lesión del bien jurídico.

Lo que queda expuesto permite concluir que el dolo puede cumplir en el sistema *papeles diversos*. Nada impide que en ocasiones la voluntad de ejecución, *dolus naturalis* o dolo del hecho —parte tan sólo del dolo total—, sea elemento conformador de lo injusto, y que en otras, aparezca tipificado en la figura de delito para indicar la necesidad de una culpabilidad particular. Estos supuestos de tipificación del dolo natural en la dirección del injusto típico o del tipo de culpabilidad dejan incólume, sin embargo, la realidad de que el dolo es forma general de culpabilidad, es decir, una realidad valorizada normativamente, de la que la conciencia de la antijuricidad es elemento constitutivo. La tesis de que el dolo, o de forma más precisa, alguna nota suya, cual la voluntad de ejecución de los elementos del tipo objetivo, puede cumplir tareas sistemáticas plurales ha sido patrocinada en ocasiones. No es extraña, desde un punto de vista material, a la doctrina española. Dejando aparte los casos de mención típica expresa de la voluntad de ejecución del delito, este parece ser el sentido de la manifestación de Rodríguez Devesa de que el *dolus in re ipsa* excluye la comisión por imprudencia, en sustancial coincidencia con V. Weber cuando hacía referencia a la existencia de palabras indicativas de una actividad final en el propio área del tipo. Esta tesis no es ajena a autores alineados en la dogmática tradicional, aun sosteniendo que el concepto dolo ha de ser reservado para la forma tradicional de culpabilidad (47). Ha sido patrocinada también por autores que admiten la pertenencia del dolo al tipo. Para Roxin la conocida discusión de si el dolo pertenece a éste o a la culpabilidad constituye un problema aparente, pues su relevancia para el tipo deriva de que sin él no es posible a su juicio perfilar la descripción legal del delito de forma acorde con las exigencias del Estado de Derecho, mientras que su pertenencia es relevante desde la perspectiva de la culpabilidad en cuanto debe delimitar su forma más grave de la más leve (48). Por diverso camino, es decir, con base en

(47) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., pág. 104.

(48) V. ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, págs. 42 y siguientes. Indicaciones sobre este problema en GIMBERNAT ORDEIG, E., *El Sistema del Derecho penal en la actualidad*, cit., pág. 282, en nota, quien destaca frente al criterio citado que «los argumentos hablan a favor de una solución más sencilla: el dolo pertenece al tipo y no tiene nada que ver con la culpabilidad». Sobre la pertenencia del dolo a la culpabilidad, o en su caso, al tipo, están todas las razones aportadas en la polémica entre dogmática tradicional y finalista. El punto de vista sostenido en el texto parte de que en Derecho español—sin necesidad de argumentar con la literalidad del último párrafo del artículo 565, donde

el derecho positivo, la idea de que el dolo del hecho puede cumplir tareas sistemáticas plurales, o mejor, puede ser considerado en diversos momentos del sistema, es sostenida también aquí.

Las expuestas acepciones del «tipo» muestran que respecto al problema tratado nada decide una consideración que se desenvuelva, por lo tanto, en el área del tipo de la acción, donde el dolo es considerado forma de culpabilidad, puesto que la culpa también lo es. Lo decisivo está constituido por el *tipo de delito o figura del delito*.

Es en este campo sistemático donde tiene que debatirse el problema tratado aquí, pues lo que permite darlo solución es, en definitiva, si el dolo, en sentido natural, es característica constitutiva de la figura de delito —sea elemento de lo injusto o elemento especial de la culpabilidad— o, por el contrario, debe estimarse forma general de la culpabilidad. Su tipificación especial como nota conformadora del tipo de lo injusto hará que la ejecución por imprudencia no sea típicamente antijurídica. Su presencia en la figura de delito como característica específica de la culpabilidad interceptará también la posibilidad de ejecución imprudente, aunque por distinto fundamento jurídico. Las aproximaciones sucesivas al problema conducen así a reconocer la exactitud material de las declaraciones efectuadas en su día por Antón Oneca para quien lo decisivo venía dado por el hecho de que el dolo fuese o no dato típico de la figura delictiva (49).

VIII. La conclusión anterior es indicativa de que el problema de los delitos de excluyente ejecución dolosa obliga, como ha sido sugerido precedentemente, a un examen cuidadoso de la figura de delictiva, a una interpretación total, como ha advertido Rodríguez Mourullo (50), a fin de determinar si lo que el tipo del delito considera digno de castigo es, de antemano, la ejecución dolosa únicamente, o si, por el contrario, queda un residuo que permite plantear la aplicabilidad del artículo 565. La operación tiene, según el criterio restrictivo que por razones históricas, ético-jurídicas, culturales y constitucionales ha de ser puesto en primer plano, doble carácter. Trátase, en primer lugar, de la

la «mismidad» se referiría al tipo—, el delito doloso y el culposo suponen, *en principio*, un tipo único de lo injusto (desprovisto, pues, de notas incompatibles con una u otra forma de culpabilidad). A partir de ahí sólo puede tratarse de si en *ciertos delitos* el dolo del hecho es característica *típica* constitutiva. A esto hay que contestar positivamente. Por lo demás, pienso que el profundo e interesante artículo de GIMBERNAT ORDEIG, del que he tenido noticia avanzado este trabajo, así como la idea de ROXIN de que el legislador no puede prescindir de incluir el dolo en el tipo para perfilar la figura de delitos de forma acorde con las exigencias del Estado de Derecho, están justificados desde la perspectiva de la pertenencia del dolo al tipo general o tipo de la acción. En todo caso, la posición de GIMBERNAT ORDEIG merece ser considerada con mayor detenimiento que el que ha sido posible ahora.

(49) V. *Derecho penal*, cit., págs. 224 y sigts.

(50) V. *El delito de intrusismo*, cit., pág. 41.

investigación agotadora de la especie delictiva correspondiente, que acabe por decidir, lo que no sucederá en ocasiones frecuentes, que el dolo del hecho no es parte conformadora suya, o si se prefiere, que el legislador no ha tipificado sólo la ejecución dolosa, sino que posiblemente ha abierto vía a la incriminación de la imprudencia. A esta investigación ha de sucederle después otra operación, orientada a subsumir la acción imprudente de que se trate en el marco del artículo 565. Este método es, por lo tanto, diverso al propuesto por la doctrina dominante, según la cual todo delito puede cometerse, en principio, por culpa. Esta idea, repercusión, en fin, del concepto puramente causal de acción y de la intelección formal de la tipicidad, ha de ser sustituida por una visión concreta, valorativa y específica de ella, a la luz de consideraciones histórico-jurídicas que muestran a los delitos imprudentes como formas excepcionales de incriminación de la conducta humana. Es posible que mediante esta orientación sean evitados algunos de los apriorismos que se observan hoy en la materia. La consideración histórico-valorativa de la figura de delito puede llevar también con sencillez a evitar algunas declaraciones llamativas de la doctrina y de la práctica, como la que, por ejemplo, acaba por admitir la posibilidad de un parricidio culposo, sin reparar en que la agravación radica aquí en razones exclusivas de culpabilidad (51).

Sobre el cumplimiento de tal proceso exegético no cabe proporcionar indicaciones generales. Han de estar presentes en él los diversos criterios interpretativos de la norma penal. Lo único que es factible en el ámbito de las doctrinas generales del delito es proporcionar, no reglas generales jurídicamente vinculantes, sino pautas u orientaciones para el tratamiento del problema, que pueden estar contradichas, o no confirmadas, por la figura delictiva concreta. En este sentido cabe sugerir lo siguiente.

Indicaciones sobre la ejecución dolosa exclusiva pueden proceder ya, en ciertos delitos, del bien jurídico protegido. La naturaleza de éste permite a veces que la interpretación se decida en el sentido de que la lesión o el peligro tiene que provenir típicamente de la ejecución dolosa, mientras que la ejecución por imprudencia ha de ser estimada atípica y, por lo tanto, impune. En este sentido habría que negar quizás la tipicidad de una lesión de la solidaridad humana por imprudencia en el artículo 489 bis del Código penal, pese a que el tenor del tipo no impide conceptualmente una omisión de socorro culposa. La tesis de Rodríguez Devesa de que el artículo 489 bis contiene un delito de peligro para la vida, la integridad corporal, etc., conduce con probabilidad a la solución opuesta, pues cumplidos los requisitos formales del tipo, no dimana entonces del bien jurídico exigencia ninguna

(51) V. DEL ROSAL, J.; COBO, M.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal español*, p. esp., 1962, pág. 162, con interesantes precisiones; antes DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1952, págs. 73 y sigts.

concerniente al dolo. Respecto a ciertos delitos en que el problema es indudablemente discutible, el bien jurídico muestra también aquí virtualidad interpretativa (52).

La formación técnica del tipo revela ocasiones que ciertas variedades suyas pueden realizarse conceptualmente por culpa, mientras que otras excluyen *ab initio* esta posibilidad. Es este, por ejemplo, el caso de la violación y el abuso deshonesto. En ambos delitos están configuradas formas de ejecución unilateralmente dolosas —como el empleo de fuerza o intimidación para la consecución del fin del autor— junto a otras susceptibles de realización conceptual por imprudencia. Esto ocurre si el sujeto yerra evitablemente, según ha sido sugerido, sobre la edad o la resistencia de la víctima. En delitos que poseen esta estructura, puede ser decisivo que el tipo esté constituido alternativa o cumulativamente. Las distintas modalidades tendrán, en el primer caso, un sentido valorativo unitario. Por la dependencia existente entre ellas, puede decidirse entonces, con vista a variedades exclusivamente intencionales, que la ejecución imprudente de otras —en sí misma imaginable— es jurídicamente irrelevante (53).

Según se dijo precedentemente, ha sido desechada hoy la idea de que los delitos de imprudencia exigen la presencia de un resultado material. No existe nada en contra de la comisión culposa de delitos de simple actividad. Binding llegaba a afirmar que algunos defectos del tratamiento de la culpa obedecían al criterio erróneo de que esta reclama tal resultado (54). No puede admitirse tampoco que la presencia de vocablos activos en el tipo obligue a interpretarlo en el sentido de que la acción implica necesariamente una conexión final con el resultado prohibido (55).

Indudablemente, no admiten la ejecución culposa los diversos delitos culposos especiales descritos por el legislador a lo largo del libro segundo del código. Hablaba Quintano Ripollés aquí de la imposibi-

(52) En favor de la admisibilidad de la comisión culposa, NAVARRETE URIETA, J. M.^a, *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», 1959, págs. 428 y sigts.; SAINZ CANTERO, J. A., *El delito de omisión del deber de socorro*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.», 1960, pág. 452; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, T. IV, 1967, pág. 416; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, 1967, págs. 261 y sigts. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, cit., pág. 110; en contra, ALAMILLO CANILLAS, F., *La solidaridad humana en la ley penal*, 1962, pero por razones diversas, págs. 121 y sigts.; TORIO LÓPEZ, A., *Aspectos de la omisión especial de socorro*, en «ADPCP», 1967, pág. 600, con base en la Ley 122-62, hoy derogada; respecto a la investigación del dolo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Cuándo se «conoce» la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código penal?*, en «Rev. Der. Circ.», 1969, págs. 2 y sigts.

(53) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de intrusismo* cit., pág. 41, negando la posibilidad en la violación.

(54) V. *Die Normen*, cit., T. IV, pág. 313: «la teoría se despliega con ignorancia de otros delitos que los de resultado...».

(55) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., pág. 104.

lidad de incriminar un «culpa de la culpa». Las explicaciones de la literatura acerca de estas figuras deben considerarse sustancialmente satisfactorias (56). Trátase en ellas de delitos que guardan paralelismo con un delito específicamente doloso. En consecuencia, a falta de tal tipificación especial, la culpa sería impune.

El código conoce, por otro lado, raros delitos en que dolo y culpa estén equiparados. Esto ocurre por ejemplo, en el área de la preavatación de los artículos 358 y 360, donde se castiga la ejecución dolosa y la culposa del delito. Sucede también en la conducción temeraria de un vehículo de motor del artículo 340 bis, a, núm. 2 según cierta dirección de la doctrina (57). Pero las razones para declarar esta situación en otros delitos tienen que ser muy evidentes, pues conforme al artículo 565, delito doloso y culposo deben distinguirse firmemente en la penalidad.

Ha sido dicho precedentemente que la necesidad del dolo en la figura delictiva puede estar reclamada tácita o expresamente. Precisar en qué casos forma parte del tipo del injusto y en cuales es únicamente elemento del tipo de culpabilidad, depende del correspondiente proceso interpretativo. Esto merecería ser considerado especialmente en el delito de aborto, donde la lesión de la vida humana dependiente mediante una acción parece ser ya típicamente antijurídica, según indica la incriminación del aborto culposo del artículo 412.

En la doctrina actual falta un criterio firme para poder delimitar las características subjetivas pertenecientes a la antijuridicidad y las que, por el contrario, atañen de forma exclusiva a la culpabilidad. Es esta una de las cuestiones polémicas del derecho penal del presente, que aquí ha de remitirse a la literatura existente sobre ella (58). Puede indicarse, a lo sumo, que la presencia de un elemento especial de la culpabilidad en la figura delictiva será delatada en ocasiones por el hecho de que el injusto se encuentre plenamente fundamentado con independencia de ella. Cuando esto ocurre es probable que el elemento de que se trate haya de ser atribuido inmediatamente a la culpabilidad, no a la antijuridicidad, puesto que esta ha sido (con prioridad lógico-jurídica), previamente establecida. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el infanticidio del artículo 410. La doctrina suele considerar la *causa honoris* como elemento subjetivo de lo injusto. Pero la idea merece ser revisada, pues si quiere decirse que el ánimo de ocultar la deshonra es elemento *fundamentador* de la antijuridicidad del infanticidio, se corre el riesgo de un grave malentendido, cual es que la muerte del recién nacido no es injusta si no media tal ánimo. Es posible que

(56) V. *Derecho penal de la culpa*, cit., págs. 234 y sigts.

(57) V. BERISTAIN, A., *El delito de peligro por conducción temeraria. Notas al art. 340 bis, a (Núm. 2)*, en «Rev. Der. Circ.», 1970, pág. 567.

(58) V. indicaciones en CÓRDOBA RODA, J., *Notas al Tratado de MAURACH, T.*, cit., I, págs. 328 y sigts.; JESCHÉCK, *Lehrbuch*, cit., págs. 308 y sigts.; BARBERO SANTOS, loc. cit., pág. 269.

quienes atribuyen a la *causa honoris* dicha naturaleza, redarguyen que estando ausente esa nota la muerte es subsumible bajo el artículo 405. Pero con ello se pone de relieve la debilidad del razonamiento, pues lo que mostraría la rectificación es que la muerte del recién nacido es en verdad injusta aunque no medie ese propósito, el cual no ejerce, por tanto, ninguna función fundamentadora de la antijuridicidad. La verdad es que el tipo es idéntico en el parricidio, el infanticidio y el homicidio simple. Lo que es injusto en ellos es la lesión de la vida humana. El parentesco, en el artículo 405, y la *causa honoris*, en el artículo 410, son elementos de culpabilidad que presuponen un injusto agotadoramente fundamentado. No cabe dudar de que la muerte del recién nacido es, prioritariamente, la muerte de un hombre en el sentido del artículo 407. Pero entonces hay que reconocer que esta identidad de la acción lesiva de la vida humana es ya suficiente para que la antijuridicidad reclamada por ambas especies delictivas esté plenamente constituida. Parentesco y *causa honoris* surgen por tanto a la consideración jurídico penal *a posteriori* de la antijuridicidad típica como peculiares notas vinculadas de forma exclusiva e inmediata al juicio de reproche (59).

Las indicaciones precedentes permiten efectuar ahora una síntesis de las pautas *indiciarias* de la exigencia excluyente del dolo en la figura de delito. En primer lugar, están los delitos en que el dolo es reclamado expresa o tácitamente, como en los artículos 409, párrafo 1, ó 283, número 1.º, en el tipo del injusto. Están también ciertos elementos subjetivos de lo injusto que de acuerdo con su contenido material suponen el dolo del hecho (ejemplo, artículo 514, número 1.º). En segundo lugar, la comisión por imprudencia está neutralizada igualmente si el dolo natural es reclamado como característica propia, típica, de la culpabilidad por la figura de delito. De la misma forma que en el tipo de lo injusto ciertos elementos subjetivos favorecen la afirmación de que presuponen un dolo típico, ocurre a su vez que otros elementos —objetivos y subjetivos— del tipo de culpabilidad conducen en este ámbito sistemático a idéntica conclusión.

Conforme a la doctrina actual (60), estos elementos especiales de la figura delictiva, atribuibles directamente al juicio de reproche, son los siguientes:

a) Las características objetivas de la culpabilidad. Elementos de carácter objetivo están orientados en ocasiones hacia la culpabilidad, no hacia la antijuridicidad. Su naturaleza es discutida. En la doctrina española ha sido interpretado en esta dirección por Del Rosal el elemento típico «recién nacido» del infanticidio (61), siendo posible con-

(59) V. DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español*, parte esp., págs. 162 y sigts. y 307 y sigts.

(60) V. amplias indicaciones en JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 309.

siderar también si es esta la naturaleza del parentesco en el parricidio del artículo 405, donde la agravación radica en razones del culpabilidad determinantes de la imposibilidad de la ejecución por imprudencia (62).

b) Los elementos especiales de culpabilidad concebidos subjetivamente que, implicando el dolo, no se identifican, sin embargo, con él. Es paradigmática la premeditación, que en el asesinato presupone un injusto totalmente establecido sobre la base de la acción lesiva de la vida humana y que ha de ser adscrita al tipo de culpabilidad.

c) Ciertas características de la actitud anímica (*Gesinnungsmerkmale*), cuya existencia, contenido y naturaleza está necesitada en la literatura de sucesivas investigaciones. Entienden algunos autores que tales elementos del ánimo son, simplemente, elementos subjetivos del injusto (63). Pero en realidad muestran en ocasiones un contenido atribuible inmediata y exclusivamente a la culpabilidad, como sucede con las notas «deliberada» e «inhumanamente» en el asesinato del artículo 406, número 5.º del Código. La crueldad de la ejecución remite al dolo, no como nota general, sino como elemento típico de la figura delictiva.

IX. Ha de preguntarse, en fin, si las indicaciones que anteceden producen alguna repercusión en el tratamiento del error sobre la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación y del evitable error de prohibición, problemas que según un sector de la doctrina, han de reconducirse al seno del artículo 565 del código penal. Lo que se sugiere a continuación evita una decisión material sobre estas cuestiones, limitándose a algunas advertencias que tienen como base discursiva la hipótesis de que su solución se encuentre en la disposición mencionada.

Para la doctrina dominante, el error evitable sobre la ausencia de los elementos configuradores de una causa de justificación —por ejemplo, el autor del hecho cree con error vencible que es objeto de un ataque actual e inminente a su vida, que no existe en realidad— constituye un supuesto de imprudencia (64). Esta tesis puede ser sostenida como solución particular de esta clase de error o como efecto de la admisión de la doctrina de los elementos negativos del tipo. En todo caso lleva a la conclusión —coincidente con las indicaciones de la

(61) V. DEL ROSAL, *Estudios penales, Infanticidio (límite objetivo)*, 1948; así es concebida también la ilegitimidad en el infanticidio del artículo 217 en Alemania: V. MAITHOFER, W., *Objective Schuldamente*, en «Festschrift für Hellmuth Mayer», 1966, págs. 194 y sigs.

(62) V. DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte esp., cit., pág. 56.

(63) V. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch*, cit., pág. 311, participa de una concepción diferenciadora, puesto que los factores de que cabe deducirlos pertenecen al ámbito del injusto y también de la culpabilidad. La peculiaridad material radica en que la actitud anímica éticamente desvalorizada es indicada inmediatamente en el tipo delictivo.

(64) V. FERRER SAMA, A., *Error (Derecho penal)*, en «NFJ», VIII, 1956, páginas 647 y sigs.

teoría del dolo y de la teoría limitada de la culpabilidad— de que el error evitable del autor le hace responder de un delito de imprudencia. Esta decisión es, a la luz del derecho positivo, correcta. Por tanto, el autor ha de ser absuelto cuando el error es inevitable y castigado con arreglo al artículo 565, o en su caso, con arreglo a los artículos 586, número 3, y 600, si el error pudo ser eliminado mediante la diligencia debida.

Pero tanto si esta decisión implica la admisión de la doctrina de los elementos negativos del tipo como si es solamente respuesta particular a este problema concreto, habrá de aclararse que la aplicación del artículo 565 ha de quedar circunscrita, en todo caso, a los delitos que admiten la comisión por imprudencia. De acuerdo con ello, no podrá sostenerse que el artículo 565 es aplicable también aunque el tipo del delito obstruya la posibilidad de la ejecución por culpa. La razón de ello es que el artículo 565 contiene una *regulación unitaria*, que afecta no a todos los delitos, sino a un sector de delitos de los que cabe declarar inequívocamente que la ejecución por culpa no está excluida de antemano. Esta limitación no siempre es tenida en cuenta por la literatura. Pero su conformidad con el sentido del artículo 565 es, sin embargo, evidente, pues esta norma contiene una regulación homogénea que es aplicable únicamente a ciertos delitos, no a todos los delitos. Por tanto, es imposible sostener que un delito exige la realización excluyentemente dolosa de sus características positivas y que, simultáneamente, puede cometerse por imprudencia si el autor yerra evitablemente sobre la inexistencia de los elementos configuradores de una causa de justificación. Una declaración semejante comenzaría por negar la posibilidad de ejecución imprudente de ciertos delitos para después sostener esa posibilidad, contrariándose así el carácter unitario de la regulación contenida en el artículo 565 del Código. El sentido de este es que el error sobre los elementos positivos del tipo prejuzga el tratamiento del error sobre los elementos negativos, o al margen de la admisibilidad de estos discutidos elementos, de las eximentes putativas en general. Esta advertencia acaba por inclinar la solución de este problema en el sentido de conseguir una restricción razonable, que equipara la situación española a la del derecho comparado (65).

La posibilidad de reconducir no sólo esa clase de error, sino el auténtico error de prohibición al seno del artículo 565, ha sido afirmada también por un sector destacado de la doctrina actual. En esta, presenta el problema de la conciencia de la antijuridicidad tres orientaciones principales.

Para la tendencia que cabe designar como clásica, o dominante, el conocimiento de la antijuridicidad es elemento del dolo. En ella

(65) CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, cit., págs. 34 y sigts.

conduce la ausencia de este conocimiento a que el autor tenga que ser absuelto no sólo cuando el error era inevitable, sino también cuando era vencible, pues esta dirección no suele distinguir entre las dos hipótesis. Según esto, el error culpable de prohibición es también impune. Es fácil comprender que este punto de vista no haya podido imponerse categóricamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde el problema de la conciencia de la antijuridicidad carece aún de orientación firme y donde aparecen todavía declaraciones que recuerdan que el «error de derecho penal» ha de reputarse inessential (*error iuris criminalis nocet*) (66).

En segundo lugar ha de mencionarse modernamente la posición patrocinada por Cerezo Mir, quien en sentido finalista entiende que el conocimiento de la antijuridicidad no tiene puntos de apoyo positivos en el ordenamiento.

Pero mediante el recurso a la analogía, no prohibida por no actuar en perjuicio del autor (analogía *in bonam partem*) hay que llegar dogmáticamente, a su juicio, a la conclusión de que el error invencible de prohibición conduce a la absolución del autor por falta de la posibilidad de actualizar el conocimiento de la antijuridicidad, del mismo modo que la enajenación determina la absolución por falta de la capacidad para que pueda ser lograda dicha actualización, según el número 1.º del artículo 8. Paralelamente, ha de ser tratado error evitable como eximente incompleta según la regla 1.ª del artículo 9, con los efectos del artículo 66 del Código sobre la penalidad (67).

La formalización dogmática de la tercera dirección se debe a Córdoba Roda, con quien coincide Rodríguez Mourullo (68). También esta tesis contempla en la conciencia de la antijuridicidad una nota del delito de manera que sólo cuando está presente se hace acreedor el autor a la penalidad establecida para el delito doloso. Sin dicha conciencia falta por error evitable, es obligado estimar la existencia de una *culpa de derecho*, que debe ser incluida, al igual que la *culpa de hecho*, en el ámbito del artículo 565.

Mediante esta tesis —única con la que guarda verdaderamente relación el problema discutido aquí— se conseguiría que no quedase im-

(66) V. Sentencia de 1-II-69, con mención del artículo 2 del Código civil.

(67) V. CEREZO MIR, J., *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, en «Rev. Est. Pen.», 1964, págs. 449 y sigts.; también *El nuevo sistema del Derecho penal*, de HANS WELZEL, nota 30, págs. 113-114. Esta tesis merece ser tenida muy en cuenta, pues posibilita una *graduación* matizada de la penalidad en los casos de error evitable de prohibición. No creo que la posición de este autor esté necesariamente en función de la doctrina finalista, sino que puede ser compartida desde otros puntos de vista sistemáticos.

(68) V. CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, cit., págs. 130 y sigts.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, cit., pág. 642 y sigts.

pune el error culpable de prohibición. Este esfuerzo dogmático ha procurado hallar puntos de apoyo *jurídico positivos* para el tratamiento del error evitable de prohibición, lo que constituye una actitud superadora de la posición de la doctrina dominante.

Frente a estas ventajas, la tesis es portadora de los inconvenientes atribuidos en la literatura alemana a la teoría estricta del dolo, es decir, de producir lagunas excesivas en el castigo del error culpable de prohibición. Pues aunque ha sido advertido que este reparo no tiene cabida en el derecho español por la regulación general contenida en el artículo 565, es lo cierto que, según ha sido mostrado, este precepto no se refiere a todos los delitos, sino a aquellos delitos que no contienen el dolo del hecho entre sus elementos típicos constitutivos. La regulación, homogénea e indivisible, se refiere, pues, no a todos los delitos, sino solamente a un sector de comportamientos punibles. De acuerdo con esa regulación única no parece entonces hacedero reconocer la existencia de limitaciones respecto a culpa de hecho y no reconocerlas, por el contrario, respecto a la culpa de derecho. A partir de esta matización, la culpa de derecho sólo podrá ser castigada, por tanto, en aquellas infracciones que admiten la forma culposa, es decir, en los delitos en que no está previamente obstruída la posibilidad de la ejecución por imprudencia. Este matiz muestra entonces que incluyendo el error evitable de prohibición en el artículo 565 se produce una asimilación total con la teoría del dolo. Entre las consecuencias que produce ésta en el derecho alemán y la tesis de la culpa de derecho, a incluir en el artículo 565, después de esta restricción, existirán simples diferencias cuantitativas, supuesto que el número de delitos que admiten la ejecución por imprudencia sea, como parece ocurrir, mayor en el código penal que en el derecho comparado. En las bases cualitativas, uno y otro punto de vista acaban, sin embargo, por coincidir. En ambos casos se trata de la estricta teoría del dolo, aceptada en su día por Binding, seguida, actualmente por Schröder y Baumann, según la cual si la falta de conciencia del autor es debida a un error culposo sobre la antijuridicidad, son aplicables las disposiciones correspondientes a la imprudencia, siempre que la punibilidad de esta se halle establecida en la ley.

La doctrina de la culpa de derecho, aun consistiendo en una aportación de indudable significación jurídica frente a las vacilaciones de la jurisprudencia y las ilimitadas lagunas a que conduce el criterio de la doctrina dominante, acaba por posibilitar también un campo especialmente amplio a la eficacia excusante del error de prohibición, especialmente llamativo respecto a ciertos delitos.

En el ámbito del aborto, el carácter unitario de la regulación contenida en el artículo 565, obligaría a nuestro juicio, a sostener lógicamente un criterio absolutorio tanto en lo referente al error vencible

sobre la cualidad de generalmente prohibida de la acción antijurídica (error directo), como en lo concertinente al error, también vencible, sobre la existencia o el ámbito de una causa de justificación (error indirecto de prohibición). Pues si se cede paso a la tesis de que en estos casos ha de condenarse según la idea de que el artículo 565 contiene una regla general sobre la culpa jurídica, ya no se tiene en cuenta la regulación única o indivisible que contiene esta disposición, que impide incluir en ella el delito de aborto.

Si se admite esta puntualización, la tesis de la culpa de derecho lleva a que la mujer haya de ser absuelta en todos los supuestos siguientes. En primer lugar, si produce su aborto ignorando la prohibición general del mismo, por suponer erróneamente que en España dicha conducta está permitida bajo ciertas condiciones, como por ejemplo sucede en Inglaterra desde la ley de 1967. En segundo término, cuando admita erróneamente que habiendo quedado embarazada en virtud de un delito sexual— por ejemplo, violación— existe una norma permisiva especial que la permite abortar (indicación ética). Por último, deberá ser absuelta también si entiende erróneamente que una acción de esta especie contra la vida del feto está autorizada por una causa de justificación existente en realidad, pero de ámbito diverso.

Frente a la exigencia, pues, de que el código proporcione criterios *generales* relativos a la conciencia de la antijuridicidad, que eliminen la presencia de lagunas, se produce así la inversión metódica de que el *tipo especial* de delito acaba por decidir el problema del error evitable de prohibición. Exclusivos problemas de tipicidad prejuzgan entonces una cuestión general del ordenamiento, es decir, una cuestión que el ordenamiento ha de resolver, no en dependencia de la figura específica de delito, sino con base en el concepto general de delito.

La doctrina de la culpa de derecho pone así de relieve, a pesar de sus ventajas frente a la concepción dominante, los inconvenientes de que adolece la teoría del dolo, de entre los que destacan primordialmente el de abrir lagunas y producir irregularidades en el tratamiento del error de prohibición. Esta última indicación tiene importancia indudable, pues tales irregularidades pueden llevar a una inversión valorativa del tratamiento de la conciencia de la antijuridicidad, al establecer, por ejemplo, la punibilidad respecto a conductas pertenecientes al área del derecho penal político o administrativo y determinar la absolución, por el contrario, en delitos exclusivamente dolosos propios del núcleo del derecho penal criminal. Estos reparos no podrían ser expresados si la culpa de derecho pudiera incluirse dentro del artículo 565 con carácter general. Pero por las razones expuestas, esto no parece ser posible.

Entre las conclusiones que pueden ser fijadas como balance de lo expuesto pueden finalmente, destacarse la necesidad de distinguir entre

posibilidad conceptual y relevancia jurídico penal de la ejecución por imprudencia; la conveniencia de atender al tipo específico del delito para dar respuesta al problema tratado, lo que implica una reacción metódica frente a la tendencia lógico-formal dominante de que todo delito es, en principio, susceptible de cometerse por imprudencia y una adaptación del problema discutido a una concepción sustancial del principio *nullum crimen sine lege*. Debe señalarse también la indicación de que la dogmática tradicional y la doctrina final conducen a consecuencias opuestas en la interpretación del artículo 565 y, finalmente, que la solución del problema discutido acaba repercutiendo en el tratamiento correspondiente, según algunas tendencias científicas, al error evitable de prohibición. El examen detallado de estas repercusiones queda, sin embargo, remitido a otro momento.