

Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

DOCTRINA DE LA CULPA PENAL

Culpa, en el lenguaje no específicamente penal, y aun en éste hasta tiempos bien modernos, todavía hoy en los idiomas germánicos, equivale a imputación personal de responsabilidad. En este sentido pudo afirmar Häffter, que el problema de la culpa (*Schuld*) es el del propio destino del Derecho penal, y que quien la niegue debe lógicamente demandar la supresión del mismo. En una acepción mucho más estricta y de técnica latina, la *culpa* es una de las formas posibles de manifestarse la «culpabilidad» penal, en un grado psicológico, moral y jurídico inferior a la otra principal: el *dolo* (1).

Es natural que de la unicidad de origen lingüístico surjan ciertas ambigüedades y confusiones, por lo que el lenguaje legal prefiere emplear los términos de imprudencia y negligencia que, en la práctica, resultan equivalentes al de «culpa», preferente, en cambio, en el léxico científico actual.

La culpa como noción morfológica del delito paralela al *dolo* ostenta, antes que nada, una naturaleza claramente negativa y como subsidiaria respecto a éste, y de tal modo, una acción es culposa cuando no es dolosa ni fortuita. Esto sitúa estructuralmente la culpa en una situación intermedia entre dos afirmaciones: la de la acción directamente querida y la no querida en absoluto. Precisamente en rellenar de contenido dogmático esa negatividad, estriba todo el complejo y a menudo laberíntico problema de la culpa penal sobre el que tantas construcciones doctrinales han sido edificadas.

La primera dificultad, aparte de la de léxico aludida, radica en la diferenciación entre el doble concepto, parigualado asimismo en lo idiomático, de culpa civil y penal. Aunque no falten doctrinarios que desprecien tal discriminación y opten por su sustancial equivalencia, en nombre del unitarismo jurídico, la común opinión se pronuncia por una distinción tajante, bien que no siempre sea

(1) En las lenguas germánicas la culpabilidad abstracta de atribución y la genérica formal tienen dos expresiones distintas: *Schuld* y *Fahrlässigkeit*, equivalente ésta a nuestra imprudencia o negligencia.

ésta fácil de prefiar. Manzini, para lograrlo, sostiene que la culpa civil es más vasta y sobre todo impersonal, mientras que la penal es más angosta, personalísima e individualizada; y que la civil, en fin, es de obligada exigencia en todo evento, mientras que la culpa penal sólo lo será en los casos expresamente queridos y determinados por la ley, argumento, este último, que no es válido en el derecho positivo español, donde cada delito que lo permita su naturaleza, es susceptible en principio de ser inculpa o culposamente (2).

Es necesario prescindir, en el estudio de la culpa criminal, de las normas civilísticas y, antes que nada, de las concepciones objetivas, como la de *culpa in abstracto*, así como de las ideas de mensuración, compensación y privación, pues como institución penal perfecta que es, la culpa ostenta un indeclinable aspecto personal y público. La subjetividad es el primordial criterio para enfocar los principales problemas atañentes a la culpa. Con razón observaba Binding a este respecto, a pesar que en derecho alemán los delitos culposos tienen una vida legal aparte, que «la realidad objetiva de cada delito culposo es exactamente la misma que el doloso de la misma especie» (3). No es científico, en consecuencia, hablar de un delito sustantivo de culpa—o de imprudencia—, como tan impropiamente se hace en nuestro Código penal en el Título XIV del Libro II, sino de una forma o modo de culpabilidad o responsabilidad.

Sobre los presupuestos mínimos antedichos procede exponer las doctrinas más sobresalientes elaboradas por la ciencia penal en torno a la culpa.

a) *Doctrina de la irresponsabilidad*

Es esta doctrina una secuela de la identificación conceptual, ya aludida, entre la culpa penal y la civil, que estima superfluo un tratamiento doble y sacrifica el criminal por considerar el civil suficientemente adecuado. Se reclama, no siempre en estricta justicia, del Derecho romano y estigmatiza como ilógica e injusta la responsabilidad penal a título culposo por llevar implícita la consecuencia de reconocer voluntad a la causa y no al efecto. Fueron mantenedores de este punto de vista el clásico alemán Almendinger, el filósofo y penalista francés Tarde y lo son modernamente, en Italia, Parisi-Giardina (4), Gramatica (5), que pretende susti-

(2) MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, Turín, U. T. E. T., 1938, T. I, pág. 682. Para el conjunto del problema de la distinción entre la culpa civil y la penal, v. GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milán, Bocca, 1947, cap. III.

(3) BINDING, *Die Normen un ihre Ubertretung*, Leipzig, 1890, T. IV, párrafo 451.

(4) PARISI-GIARDINA, *Dottrina sulla colpa*, Messina, 1881.

(5) GRAMMATICA, *La irrazionalità della colpa nel diritto penale*, Génova, 1929, y en «Scuola positiva», 1930, I, 304, limitando la responsabilidad a la peligrosidad y dejando a la determinación civil la extensión objetiva del daño causado.

tuir el criterio de culpa por el de peligrosidad, dentro del positivismo el disidente Puglia (6), y en Alemania Germann, entendiendo que la culpa tiene una problemática totalmente distinta, del dolo, relegable aquella al terreno de la policía (6 bis).

b) *Doctrina de la antijuridicidad o culpa normativa.*

Es doctrina, eminentemente alemana, que concibe una fórmula normativa de la culpabilidad (*normative Schuldauflassung*) en íntimo contacto con la noción de la antijuridicidad. Desgajando en lo posible la noción de culpa de sus postulados subjetivos pone el acento en la «conducta diversa de la querida por la norma», con lo que se pretende dotarla de contenido objetivo. La ley es pues la definidora, tanto del dolo como de la culpa, y en ambas acciones u omisiones existe una conculcación normativa. Von Liszt esquematizó lo que hay de antijurídico en la culpa, aunque sin prescindir del todo de sus clásicas determinaciones subjetivas y menos que de ninguna de la previsibilidad (7). En cuanto a Exner considera las normas de definición de la punibilidad de la imprudencia cual una «exigencia objetiva de la vida social», lo que hace posible, según él, una «culpa sensible» (*Gefühlsschuld*) en inmediata relación con dicho valor (8). Más el verdadero campeón de la culpa normativa es Goldschmidt, quien llevando a sus últimos extremos los principios de la tipicidad belingiana, no estima prevalentes los elementos subjetivos de la antijuridicidad y prefiere los normativos del «tipo», concebidos en un sentido valorativo de carácter teleológico, a lo Erik Wolf (9). Trasplantada a Italia, la doctrina de la culpa normativa ha sido últimamente sañudamente combatida por Petrocelli y otros, que la motejan de lucubración nebulosa y germanizante (10).

c) *Doctrina de la conducta contra el deber*

Viene a ser una desviación de la doctrina anterior, en cuanto que identifica la conducta dolosa con la culposa en la objetividad de una infracción; es decir, de una actividad antijurídica en lo formal. Sin embargo, distínguese de ella en poner el signo diferencial no tanto en la norma como en un concepto del deber, defi-

(6) PUGLIA, *La psicologia della colpa*, en «Scuola positiva», 1898, pág. 129.

(6 bis). GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1943, pág. 94.

(7) VON LISTZ, *Lehrbuch*, Berlín, 1908, párr. 32. Ed. española. Madrid, 1927, T. II, pág. 419.

(8) EXNER, *Das Wesen der Fahlässigkeit*, Viena, Leipzig, 1910.

(9) GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, en «Homenaje a Frank», 1930; las últimas doctrinas alemanas sobre la culpa, en MAURACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttler Verlag, 1948.

(10) PETROCELLI, *La concessione normativa della colpevolezza*, «Rivista italiana di D. penale», 1948, pág. 16, y VANNINI, *Colpa normativa*, «Archivio penale», 1949, pág. 30.

niendo la culpa como «conducta del anti-deber», *pflichtwidrig* en la terminología de Von Hippel, y *antidoverosità* en la de Antolisei, Santoro, Delitala, Ranieri y otros modernos penalistas que la han adoptado.

En el campo de la más aparentemente perfecta objetividad la defiende Antolisei diciendo que en la convivencia social surgen necesariamente reglas de conducta no escritas, como, por ejemplo, que el poseedor de un arma de fuego debe descargarla cuando deja de usarla, tan válidas para predeterminar la culpa como las expresamente impuestas por el Estado; unas y otras ligan con un «valor de deber», cuya no observancia hace nacer el delito (11) (define la culpa como la *inosservanza di precauzioni doverose*). Es curioso hacer notar, a este respecto, que la definición propuesta por el profesor de Turín viene a coincidir, en lo esencial, con la vieja de nuestro Código al aproximar fatalmente la idea de culpa a la de imprudencia, pues dice así: «Obra culposamente quien, sin hallarse en dolo, realiza un hecho prohibido por la ley penal por no haber usado las precauciones a que estaba obligado.» Se oponen a esta definición, tachándola de objetiva y normativista en demasía, Petrocelli y Maggiore (12), en tanto que Manzini trata de precisar la idea de infracción a un deber con la de la preexistencia de una norma de policía o disciplina.

d) *Doctrina del error.*

Defendida por Von Liszt, en combinación con otras, estimaba dicho autor que «la culpa descansa en un error relativo a la significación—causante o no impediende del resultado—de la manifestación de la voluntad, o en el conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del hecho» (13). Ha sido modernamente rehabilitada y perfeccionada por Francisco Alimena, hijo, que trata así de lograr un pretendido «concepto unitario del delito culposo» (14). La conducta culposa reposaría, según eso, sobre un error de apreciaciones fácticas, pero la dificultad estribaría siempre en diferenciar el error culposo del error fortuito, por lo cual esta teoría sola no puede satisfacer los anhelos de la represión objetiva, precisando acudir, en última instancia, a los de matiz subjetivista.

e) *Doctrina de la causalidad.*

Otro intento de fundamentar objetivamente la culpa, posiblemente proveniente del campo civilístico, es el que pretende hacerlo sobre la causalidad. Ofrece tres manifestaciones bastante

(11) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Milán, Giuffrè, 1947, T. I, página 192, pone el acento de la culpa en la *inosservanza di precauzione doverose*.

(12) PETROCELLI, op. cit., y *Principi di Diritto penale*, Padua, 1944, página 307, y MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel D. penale*, en «Archivio penale», 1949, pág. 3.

(13) VON LISZT, ob. cit., ed. española, pág. 420.

(14) ALIMENA (Francisco), *La colpa nella dottrina generale del reato*, Pa-

diversas en lo formal: la de la «causalidad jurídica» de Mosca (15), la de la «causalidad eficiente» de Stoppato, Del Giudice y Paoli (16) y la de la «causalidad humana» de Cavallo (17). Sus esfuerzos de integrar la culpa en el mecanismo causal son, en el fondo, superfluos, puesto que, aunque haya ciertamente en ella una relación de causa a efecto, la hay también en el dolo y, muchas veces, hasta en el caso fortuito. Y al tratar de diferenciar y escogitar una «causalidad culposa», se hace menester acudir a criterios subjetivos que privan de originalidad y sustantividad al sistema.

f) *Doctrina positivista de la peligrosidad.*

El positivismo italiano no tomó partido uniforme y cerrado en el asunto del tratamiento penal del delito culposo, bien que rechazase de plano la posición clásica de atender primordialmente al doctrinarismo de la voluntariedad y previsibilidad. Algunos de los penalistas militantes de la escuela, como el ya mencionado Puglia, mostraronse incluso decididos adversarios de la inclusión de la culpa en la órbita de la criminalidad, pero el positivismo, en general, mantuvo la necesidad de incriminación. La defendió Ferri en base a la dogmática de la defensa social y de la responsabilidad social, ya apuntada por el propio Carrara; pero hizo de su mera existencia en los códigos tradicionales un argumento contra la doctrina clásica de la voluntariedad determinante de la culpabilidad (18). Consecuente con los puntos de vista subjetivistas y antropológico-sociales de la escuela, el positivismo no profundizó demasiado en la esencia jurídica de la culpa, siendo su contribución más valiosa la aportada en torno al problema físico-psicológico del «criminal imprudente». Sobre este tema Alfredo Angiolini y Altavilla erigieron sus famosas clasificaciones, a las que se hará mención al tratar de la división de culpas. Jiménez de Asúa y Sánchez Tejerina, entre nosotros, se adhirieron decididamente a la fórmula del estado peligroso como la sola que pueda resolver la cuestión del fundamento de la penalidad culposa, insistiendo el último de dichos autores sobre la característica omisional de esta especie de delitos que integra en clasificación en los de «misión espiritual» (19).

Iermo, 1947, pág. 28, y *Il concetto unitario del reato colposo*, «Rivista italiana di Diritto penale», 1939, IV.

(15) MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896, pág. 18.

(16) STOPPATO, *L'evento punibile*, Padua, 1898, pág. 20, y *Causalità e colpa penale*, en «Rivista penale», T. LIII, pág. 483; DEL GIUDICE, *Fondamento e condizione della punibilità dei reati colposi*, Ferrara, 1918; PAOLI, *Principii di Diritto penale*, Padua, 1936, T. III, pág. 55.

(17) CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel Diritto penale*, Nápoles, 1937, pág. 436.

(18) FERRI, *Sociologia criminal*, Madrid, Góngora, s. a. T. II, pág. 117.

(19) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Adiciones al Programma de CARRARA*, Madrid, Reus, 1922, T. I, pág. 176.

Fuera de la estricta disciplina escolástica del positivismo, la valoración jurídico-penal de la culpa sobre la noción de peligro vuelve a acentuarse en Campili, Jannitti de Cuyanga, Corsonelio y Cecchi, si bien los últimos estiman de mayor prevalencia el concepto de «peligro en la conducta» que el de «peligro en el agente».

g) *Doctrina clásica y neoclásica de la previsibilidad.*

Adrede se ha dejado para un último examen la doctrina de la previsibilidad por ser, a la vez, la más antigua y la más moderna de las ideas para fundamentar jurídicamente la *ratio essendi* de la culpa. Aparece ya en el jurisconsulto romano Gayo en la definición famosa de «Culpam esse quod cum a diligente provideri potest non esset proevium aut tum denuntiatum esset quum periculum evitari non potest» (de la *Lex Aquilia*, I., 31. *Digesto*). Aunque concebida con vistas al Derecho civil, integrando la clásica culpa aquiliana, ha seguido siendo hasta hoy, con ciertas salvedades, la base de la morfología de la norma criminal no dolosa. Los postglosadores transmitieron el concepto, ya en el campo de lo penal, a la escuela clásica italiana, en la que Filangieri hizo de la previsión el signo diferencial entre el dolo, la culpa y el caso (20). Carrara, a su vez, distingue entre la previsión en sí, como hecho, y la previsibilidad posible, ideas que antes se confundieron, y propone, como dechado de clasicismo, la definición siguiente: «culpa es la omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho» (21). Brusa añadió a las condiciones carrarianas el requisito de la «prevenibilidad», para sortear la dificultad proveniente de la fuerza mayor, definiendo la culpa como «la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible» (22). Así concebida, la culpa viene a integrarse en un vicio de la voluntad y, según Tosti, de las facultades intelectivas del agente, caracterización subjetiva que es común a la mayor parte de los maestros antiguos y modernos del Derecho penal. En Italia pueden contarse entre ellos, aparte de los clásicos de la antigua generación, los nombres de Rocco, Battaglini, Pannain, Autolisei, Maggiore, Vannini, De Marsico, Frosali y tantos otros, aunque en algunos se aúne y complete con otras consideraciones, caso en el que se hallan, también, los neopositivistas Altavilla y Grispigni. En Alemania la doctrina de la previsibilidad, generalmente enlazada al efecto o resultado (Vo-

(20) FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Florencia, 1820, Libro III, pag. 37.

(21) CARRARA, *Programma*, T. I, párrafo 80. En nota añade otras propuestas de definición, pero señala siempre como trípode, en el que el concepto descansa: 1, la voluntad del acto; 2, la falta de previsión del efecto; 3, la posibilidad de prever.

(22) BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Turín, 1884, pág. 90.

raussichbarkeit des Erfolgs) ha logrado, igualmente, enorme difusión, pudiendo ser citados como sus adeptos Binding, Berner, Gerland, Liszt-Schmidt, Allfeld-Mayer, Lilienthal y Mezger, insistiendo este último en que el criterio regulador de la culpa ha de ser absolutamente individual. Por lo que a España respecta, aunque la tesis de la previsibilidad no esté recogida en la definición del texto legal, ha hallado eco continuo en la ciencia como en la jurisprudencia, desde Pacheco, inspirador de la innovación en el Código de 1848, hasta Cuello Calón, quien propone la definición siguiente: «obrar sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley» (23).

La variedad de doctrinas a que acaba de hacerse referencia, que no agota el tema de las aportadas por los autores, no contribuye demasiado, sino todo lo contrario, a la clasificación del concepto. Por lo demás, todas ellas valen, como punto de referencia esencial, en cuanto que acentúan la prevalencia de tal o cual característica, que sule ser cierta, bien que el dogmatismo escolástico intente luego sobrevalorarla a expensas de las demás. En los mejores sistemas no se rehuye, sin embargo, la admisión de pluralidad de signos, inevitable tecnicismo en materia de tan extraordinaria complejidad; vemos así al positivista Ferri no rechazar muchos de los atributos típicos del clasicismo, como el de la previsibilidad; a Von Liszt aunar su teoría del error con la de la conciencia social y la peligrosidad, y a Cuello Calón enlazar el dato de la previsibilidad con el del deber estricto de la diligencia, posición que permitiría igualmente catalogar su postura en el grupo de los adictos a la doctrina de la *antidoverosität*.

En realidad, la tan batallona cuestión de la teoría de la culpa encaja en toda construcción jurídico-penal, lo mismo en el clasicismo integral causalista que en el positivismo más consecuente. Quizá la mayor dificultad de adaptación la ofrezca el idealismo finalista y conceptual de Welzel, y ésta fué una de las censuras a él dirigidas por Mezger en la polémica famosa. El «antinaturalismo» welzeliano, para el que sólo el proceso externo hacia la meta es acción, que ve el delito no como un resultado causal genético, sino cual un «acaecimiento final», parece efectivamente repugnar a una idea de culpa. Welzel, no obstante, evita las consecuencias extremas de su teoría de exacerbado teleologismo, acudiendo a la distinción de que sólo el dolo aparece dirigido a la meta de la perfección antijurídica, mientras que la culpa puede ser determinada por la causalidad evitable en forma de una «acción acortada»; es decir, que no ha desenvuelto todas y cada una de las posibilidades dimanantes de su original concepción (24).

(23) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1948, T. I, capítulo XXIX.

(24) WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1940, T. I, cap. 2, y *Kausalität und Handlung*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1931, III.

Sobre la ingente masa de definiciones descriptivas y conceptuales de la culpa hay siempre un dato común infalible, que es de especialísimo valor en nuestro derecho positivo: el de su negatividad, completable con la idea welzeliana de la «acción acortada». El delito culposo es una imperfección de la normalidad típica, siendo esta normalidad representada por el doloso, el único que presenta la adecuación normativa a cada definición criminal. Ello, naturalmente, salvo en los casos en que la propia norma describa sustantividades culposas *per se*, en los que el problema es distinto, pues ya no se trata de formas abstractas de culpabilidad, sino de delitos específicos; por ejemplo, la prevaricación del artículo 355 o la corrupción de menores del 439 de nuestro Código penal. La imperfección normativa de la culpa requiere, en consecuencia, por ser «atípica», un complemento logístico y psicológico por parte del juzgador, consistente en la doble apreciación de ausencia de intención maliciosa y presencia indudable de daño. Sobre esta base se construye la culpa, que puede ser independiente de otras consideraciones metajurídicas, como la del peligro y la misma de la previsibilidad, pues hay actos culposos que no pierden tal carácter por haber sido previstos; elemento que puede agravar la responsabilidad, pero no, por sí solo, determinar el dolo. Así por ejemplo, un conductor de automóvil que va sin frenos puede prever y prevé el atropello y muerte de un viandante; pero si esto ocurre, su acción no deja de ser culposa, ni por la mera presencia del elemento psíquico de la previsión transformarse en dolo, ni eventual siquiera. Y a *contra sensu*, quien no ha previsto seguramente que de un bastonazo ha de causar la muerte a un semejante, la falta de previsión no le exime de la responsabilidad dolosa, simplemente atenuada por la preterintencionalidad. Estas posibilidades de culpa con previsión, que se dan en todas las legislaciones aunque no se mienten en los textos, están expresamente admitidas en el Código canónico, en el que con toda claridad se reconoce, zanjándose así positivamente la tan debatida cuestión (25). Nuevas referencias a ella han de hacerse al tratar de la clasificación de culpa, puesto que las con previsión forman, como es lógico, las formas más graves y, hasta cierto punto, un grupo aparte.

La doble caracterización de la culpa por la ausencia de intención dolosa y por la presencia del daño, tienen inmediatas consecuencias en la estructura de esta forma de culpabilidad. La primera es que no cabe su apreciación en los delitos en que se requiere, por propia naturaleza, una intención y que no puedan ser concebidos de otra manera, como, por ejemplo, el asesinato. Tampoco cabe, excusado es decirlo, en los delitos ya sustantivamente

(25) Dice el canon 2.203: *Quod si rem preceviderit et nihilominus cautiones ad eam vitandam omiserit, quas diligens qui vis adhibuisset, culpa est dolo proxima* (es decir, proximidad al dolo, pero culpa al fin).

estructurados como culposos o afines, pues no puede hacer culpa de culpa, ni en los que tengan una peculiaridad estrictamente formal, sin trascendencia alguna del elemento psicológico de intencionalidad, como acaece en la tenencia de armas tipo. La razón es obvia, pues donde no se exige dolo no puede trascender la ausencia de él, que no otra es la esencia de la culpa. Por motivos semejantes tampoco es factible la construcción culposa en las infracciones de duplicidad de voluntades criminales dolosas, en las que la culpa no puede operar para enervar o acortar una de ellas sin influir definitivamente en la otra; es la razón de por qué no se puede calificar un parricidio de culposo, pues sobre la voluntad de matar ha de valer otra, la de que la víctima sea precisamente un pariente del grado determinado por la ley.

La exigencia positiva de un daño no es condición menos esencial en la culpa que la negativa ya aludida. Lo cual equivale a afirmar que en esta forma de culpabilidad no se admiten imperfecciones de ejecución, resultando inconcebibles la tentativa o frustración de culpa. Esta característica, que puede servir también de signo diferencial respecto al dolo, suele ser exigida en las definiciones legales de la culpa, como lo es en la de nuestra «imprudencia», que perfilan así una infracción típica de resultado o daño, aunque subjetivamente sea de riesgo. Excepcionalmente, el Proyecto de Código penal de Austria (parágrafo 6, párrafo 3.º) la construye como infracción de riesgo (*Verletzung oder Gefährdung*); pero esta técnica obliga a forzar innecesariamente su naturaleza. Lo cual no implica que no puedan tipificarse formas culposas de riesgo sin daño efectivo, como el hecho de conducir un vehículo sin autorización o a excesiva velocidad; pero en tales eventos ya vuelve a tratarse de delitos específicos y no de formas de culpabilidad en sentido estricto.

II. LA CUESTION DE LAS CLASES DE CULPA

A semejanza de la culpa civil, en cuya doctrina fué generalmente embebida la penal en el Derecho romano y medieval, se ha procurado utilizar la elemental y civilística división tripartita de la culpa *lata*, *levis* y *levissima*. Su inadecuación a la esfera criminal fué ya señalada en el despuntar del clasicismo por Buccaron, Barbacovi y Carmignani, rechazándola definitivamente la técnica de Carrara, quien censuró como injusta y antipolítica la exigencia de la *levissima* «por no deber imponer la ley humana a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias». Modernos autores, sin embargo, como Maggiore, critican como ilógica la inexigibilidad penal de la culpa *levissima*, pues ello equivaldría, según ellos, a sostener que en ella la previsibilidad queda reducida a cero; esto es, que se trasmuta en caso fortuito (26). Esta observación de Mag-

(26) MAGGIORE, op. cit., pág. 428 (de los *Principi*).

giore es impecable; pues, efectivamente, una cosa es el *quantum* de la culpabilidad y otra su cualidad, no desvirtuándose ésta por la escasez de contenido cuantitativo. Más adelante se verá cómo la tripartición de la culpa, traducida a la terminología de imprudencia temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin dicha circunstancia, tiene reflejo directo en la regulación de la materia en el Código penal español.

El positivismo italiano se mostró radicalmente opuesto a toda tentativa de graduación apriorística de la culpa y dado que, según su punto de vista, la peligrosidad personal era el factor determinante, trató de reemplazar las clasificaciones objetivas por grupos de delincuentes culposos, con base a las consideraciones físico-psíquicas de cada caso. Entre estas divisiones es famosa sobre todo la ideada por Angiolini en cuatro categorías: 1.^a La de imprudentes o negligentes por defecto de sentido moral y de altruísmo (contagio sexual, explotación de débiles y menores, etc.). 2.^a La de culpables por inexperiencia, inaptitud o ignorancia profesionales (de médicos, cirujanos, enfermeros, ingenieros...). 3.^a Culpables por defecto en el mecanismo de atención y de asociación de ideas (conductores de vehículos, cazadores, etc.); y 4.^a Culpables por influencia del medio, como consecuencia de un sobreexceso físico o intelectual (como obreros obligados a trabajos excesivos). La peligrosidad de tales grupos y aun la personal es diversa y, en consecuencia, su penalidad, siendo nula en el cuarto supuesto, en el que cabría sólo la responsabilidad civil de la empresa o la criminal del jefe o inspector del trabajo (27). Ferri aceptó en lo esencial la clasificación de su correligionario Angiolini, reproduciéndola con insignificantes variantes de terminología. La criticó, en cambio, Campili, y más modernamente el neopositivista Altavilla trató de reducirla a una división tripartita: 1.^a, por defecto de altruísmo con conciencia de evento dañoso; 2.^a, por defecto psicofisiológico que impida la previsión y evitación del daño, y 3.^a, por impericia.

Las clasificaciones de signo positivista poseen un valor más bien criminológico que penal, aunque, naturalmente, puedan también ser aprovechables en este terreno al reflejar el temperamento subjetivo en la modalidad del acto. En relación con la acción misma (o con la omisión, claro está) y con la estructura jurídica del delito culposo, es de gran importancia la distinción entre culpa consciente e inconsciente, que ha motivado rica biografía y discusiones doctrinales sin cuento, especialmente en Alemania, donde la doctrina nació con empaque científico. Arrancando de ideas y aun nomenclatura latina, como la *luxuria*, *petulantia* y *negligentia*, la noción de la culpa consciente, que es la que verdaderamente plantea la discusión, se halla íntimamente vinculada a la ya aludida

(27) ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Turín, 1901; trad. española, *Los delitos culposos*, en Barcelona, Henrich, 1905, capítulos IV y V.

de la previsibilidad. Es claro que para quienes exigen esta última condición como *sine qua non* para que la culpa surja, el problema no existe, por acarrear dicha circunstancia la presencia del dolo. Sin volver, pues, a la esencia fundamental de la cuestión y si se acepta que haya una posibilidad de culpa con previsión, es natural que se adscriba a ésta una máxima gravedad penal, lindante, aunque no idéntica, con el dolo eventual, que viene así a ser una figura intermedia de incómoda situación doctrinal. La licitud inicial y su dolosidad pudiera ser el hilo de Ariadna que orientase en este laberinto, y lo ha sido para algunas decisiones científicas y jurisprudenciales. Este sistema no excluye, empero, todas las dificultades, especialmente en nuestro derecho positivo, en que para la imprudencia no se exige, como para el caso fortuito, la licitud del acto inicial, bien que a ello se incline la jurisprudencia, seguramente por el motivo aludido de diferenciar del dolo eventual. La discriminación ha de hacerse, sin embargo, sobre otra base; en el dolo eventual hay un error en la cantidad del mal, pero no es su cualidad delictiva dolosa (v. gr. en el supuesto de quien queriendo pegar mata); pero en la culpa más grave, en la consciente, hay voluntad de obrar imprudentemente (de conducir sin frenos o sin luces), pero sin intencionalidad maliciosa cuantitativa ni cualitativa de ocasionar daño alguno. Sería mucho más sencillo, en cambio, adscribir en nuestra terminología legal el concepto de culpabilidad consciente al de la imprudencia temeraria; pero, como más tarde se verá, ésta tiene otras peculiaridades independientes del mero dato de la previsión.

III. LA COMPENSACION DE CULPAS EN MATERIA PENAL

La progenie indudablemente civilista de la culpa criminal, obliga a plantear la cuestión de la posibilidad de compensación en los supuestos de concurrencia de factores culposos determinantes por parte del agente y de la víctima. En el Derecho romano parece ser que tal compensación era la regla, al menos en los *delicta privata*, conforme a los conocidos aforismos de *paris delicta mutua compensatione dissolvuntur* y de *qui ex culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire* (D. 24, III; 50, 17). Actualmente puede sostenerse que, en tanto que en el derecho privado la común opinión es favorable a la compensación de culpas, en el penal es netamente adversa, aunque no falten, ciertamente algunas doctrinas aisladas en pro de la posibilidad y aun conveniencia de la asimilación. Cuéntense en estas últimas las de Carrara y Nicolini entre los antiguos y la de Delogu entre los tratadistas recientes (28). La

(28) DELOGU, *Il principio della comensazione delle colpe nel diritto penale*, «Studi Sassaressi», 1936. La opinión favorable a la compensación por parte de CARRARA aparece en el *Programma*, Parte speciale, T. I, párrafo 1.100.

más grave dificultad que la teoría de la asimilación y compensación entraña no es tanto la doctrinaria y especulativa como la práctica del impunismo nefasto que supondría la no incriminación del acto imprudente, con el consiguiente riesgo para el público, en cuanto que conductas culposas y peligrosas quedaban sin la debida sanción que la conciencia social reclama. No sin razón criticaba Stoppato a Carrara su posición compensacionista diciendo que esta conducía implícitamente a regresivos criterios de Talión en que el daño se considera una deuda susceptible de privada retribución y consiguiente inmoral granjería. Pero aparte de estas claras consideraciones de política criminal, hay otras de carácter más técnico que abonan también contra la compensación; sobre todo la de la consideración eminentemente subjetiva y personalísima que la culpa reclama. Si ciertamente se prueba que hubo culpa por parte de la víctima, habrá, en puridad de principios, una doble responsabilidad, a condición, claro está, de que su conducta haya ocasionado también daño. En consecuencia, el concurso de culpas por parte del sujeto activo y del pasivo de la infracción no suscita, en lo conceptual al menos, otros problemas que los inherentes a los concursos de causalidades y de culpas entre personas diversas. El todo se resuelve en una cuestión de juego del principio de causalidad que ha de engranar la conducta de cada cual con el resultado determinado.

Lo dicho no implica que, en la práctica, la concurrencia de culpa por parte de la víctima no desvirtúe algo la culpabilidad del sujeto agente; en definitiva, lícito es valorar las culpabilidades y, cuando la del sujeto pasivo es la prevalente y determinante, su volumen puede absorber en sí y, por consiguiente, borrar la concurrencia del sujeto activo. Piénsese, por ejemplo, si un sordo se coloca imprudentemente en una vía férrea, su culpa es tan obvia y voluminosa, que desvirtúa y hasta anula la menor del conductor del tren que imperitamente no frene a tiempo para evitar el atropello. En igualdad cuantitativa, en cambio, la compensación es imposible y razonablemente ha sido siempre rechazada por nuestra Jurisprudencia (Sentencia de 18 de marzo de 1942—que se pronuncia por la pluralidad delictiva—y Sentencias de 29 de enero de 1943 y 11 de enero de 1945).

IV. SISTEMAS LEGISLATIVOS

La incriminación de la culpa, unánime en todas las legislaciones, es comprendida de modo muy diverso según su propia estructura científica y tradiciones históricas. El sistema más corriente, que responde al ejemplo romano y medieval, es el de prescindir de una definición dogmática de culpa, limitándose los textos a castigar presupuestos culposos con cierta sustantividad o en referencia atenuada a modalidades dolosas. Le dió enorme impulso

el hecho de haber sido adoptado por el Código penal francés, que no conoce, en efecto, una norma general sobre la responsabilidad criminal de la culpa, ateniéndose a incriminar ciertas conductas culpables en su parte especial, notablemente en las lesiones (artículo 320), homicidio (art. 319) e incendios (art. 458). La terminología legal empleada es múltiple y vaga en demasía, totalmente inadecuada a las más elementales exigencias del tecnicismo científico penal. Así la sección III del capítulo I, título II, se intitula: «Homicidio, lesiones y golpes involuntarios», como si en la culpa no cupiese una voluntad; igualmente se barajan caprichosamente los términos de impericia (*maladresse*), imprudencia, desatención, negligencia, falta de precaución, inobservancia de reglamentos y otros (art. 319), parangonando todas estas modalidades en el trato penal (que es el de prisión de tres meses a dos años y multa en el homicidio y de arresto de seis días a dos meses y multa en las lesiones). Parecida desorientación de principios y ausencia de un criterio firme de sistematización en la materia se observa en la jurisprudencia francesa; generalmente inspirada por las tradiciones del más rancio clasicismo, se inclina últimamente, según observa Donnedieu de Vabres, a una aproximación unitaria de las culpas civil y penal (29). Es característico de dicha jurisprudencia el considerar que la culpa criminal ha de ser probada por el actor, pero se presume, siquiera sea excepcionalmente, en los delitos que por este motivo se denominan «puramente materiales», como las contravenciones de simple policía o la violación de las prescripciones referentes a la constitución de sociedades anónimas.

Análogo sistema al francés siguen los Códigos luxemburgués y belga, aunque este último simplifique no poco la terminología y el trato. En su artículo 418 dice que es culpable de «homicidio o lesiones involuntarias el que las ha causado por defecto de previsión o precaución, pero sin intención de atentar contra la persona de otro». A tenor de la jurisprudencia belga, el defecto de previsión o de precaución comprende todas las formas doctrinales de la culpa (Casación 13 de enero de 1927) y la compensación aparece únicamente rechazada. En el mismo capítulo del Código belga (el segundo del título VIII del libro II) se tipifican otras modalidades culposas, como la negligencia en el trato de menores de dieciséis años (art. 420 bis, incorporado por ley de 31 de marzo de 1936), el suministro culposo de sustancias nocivas o contagio de enfermedades (art. 421) y ciertos accidentes ferroviarios (art. 422).

Fuera del ámbito cultural francés, el Código alemán procede de semejante manera de enjuiciar la culpa (*Fahrlässigkeit*), de la que no conoce una definición dogmática ni siquiera un tratamiento general, circunscribiéndose a declarar punibles el homicidio culposo (par. 222), las lesiones (par. 230), el falso testimonio (par. 163),

(29) DONNEDIEU DE VABRES, *Precis du Droit criminel*, París, Dalloz, 1946, párrafo 91.

la infidelidad en la custodia de presos (pars. 121 y 347), la ejecución arbitraria de penas (par. 345) y algunas infracciones de peligró general. Es unánime la opinión de los comentaristas más prestigiosos (Frank, Schoenke), así como de los tratadistas (Mezger), la de que en derecho positivo alemán no puede hablarse de un *crimen culpae*, sino de varios *crimina culposa* específicamente predeterminados. Tampoco conoce los grados de culpa, aunque los párrafos 222 y 230 agraven ciertos supuestos de imprudencia de funcionarios y profesionales. Una regulación muy parecida de la materia ofrecen los proyectos y anteproyectos alemanes, incluso el de 1930 (par. 16, capítulo II).

El sistema del *numerus clausus* en la determinación legal de los delitos culposos subsistente también en Holanda (art. 158), Hungría (par. 75), Grecia (arts. 43 y 44), Noruega (par. 40), Rusia soviética (arts. 138 y 139) y Argentina (art. 84). Existió igualmente en Italia hasta el Código Rocco de 1931, en cuyo cuerpo legal se ha introducido alguna modificación en este orden de cosas, al menos en el de precisar técnicamente el concepto en la parte general, cuyo artículo 43 define, en sendos epígrafes, el delito doloso, el preterintencional y el culposo. Da este último la definición siguiente: «Es culposo contra la intención, cuando el evento, aunque previsto, no es querido por el agente y se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplina.» Por lo demás, sigue el tradicional sistema napoleónico de no incriminar genéricamente la culpa, sino caso por caso en los previstos por la ley, como expresamente determina el párrafo segundo del artículo 42. La más capital innovación del Código italiano es, como puede comprenderse, la de haber abandonado confesadamente el clásico módulo de la culpa en base a la previsibilidad, admitiendo netamente la consciente. Hay que añadir, sin embargo, que esta culpa consciente constituye, a su vez, la forma más agravada de esta clase de responsabilidades conforme al precepto número tercero del artículo 61; por muy revolucionaria que la novedad se estime justo es precisar que, como ya se dijo, se adelantó a ella, siquiera en lo conceptual, el Código canónico.

El doble procedimiento de definir la culpa en general, pero de aplicar la penalidad en los casos especialmente previstos, ha sido el seguido también en el Código penal suizo de 1937. En su artículo 18 se definen por separado el dolo (*Vorsatz*) y la culpa (*Fahrlässigkeit*); el primero como la ejecución del hecho «con conocimiento y voluntad» (*mit wissen und Willen*), en tanto que de la segunda se ofrece una descripción notablemente más complicada: «Tiénense como culposos el delito o falta si el hecho es ejecutado por el agente por una imprevisión o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto; la imprevisión es culpable (*Pflichtwidrig*) cuando el agente no ha usado las precauciones requeridas por las circunstancias y por su situación personal.» Al comienzo del mis-

mo artículo se establece que «salvo disposición expresa, en contrario de la ley, sólo es punible el delito o falta doloso». Luego, en la parte especial, prevéense el homicidio culposo (art. 117), las lesiones (art. 125), el incendio (art. 225), la explosión (art. 223, párrafo último), los accidentes de circulación (art. 237, párrafo último y 238), etc.

El prestigio de Códigos tan científicos y progresivos como los de Italia y Suiza han influido poderosamente en los proyectos y Códigos ulteriores. Baste citar, a este respecto, el Código del Brasil de 1940, que en su artículo 15 define en sendos apartados el crimen doloso y el culposo: el primero, «cuando el agente quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo», y el segundo, «cuando el agente dió causa al resultado por imprudencia, negligencia o impericia». En el mismo párrafo estatuye, como el Código suizo, que «salvo los casos expresamente determinados por la ley, nadie puede ser perseguido por hecho delictivo sino cuando lo ejecutó dolosamente».

Una mención especial, en cuanto a la sistematización de la culpa criminal, merecen las legislaciones anglosajonas, no precisamente por ofrecer una doctrina general de esta forma de responsabilidad, sino por la desmedida y rigurosa acepción que prestan a la vieja máxima del *qui in jure illicita versatur tenetur etiam pro casu*. La ilicitud inicial priva de relevancia a la culpa como tal, destruyendo su esencia por una teoría de la *common Law*, que habla de la «malicia implícita», válida, aunque de antiguo haya sido certeramente criticada por los mejores tratadistas (30). Con este punto de vista, la jurisprudencia inglesa ha podido llegar a la consecuencia de lo que se llama donosamente el «asesinato del ganso»; es decir, a castigar como asesino (*murder*) al ladrón de un ave, que queriendo matar a ésta, causa imprudentemente la muerte de una persona. Con licitud inicial, la muerte por imprudencia suele incluirse en el derecho anglosajón en el concepto de homicidio simple (*manslaughter*), presentándose la mayor gravedad en los supuestos de infracciones reglamentarias. En el moderno derecho inglés escrito (*Statute Law*) se pueden señalar casos de delitos de culpa con vida legal propia de riesgo y no de resultado; así el artículo 11 de la *Road Traffic Act*, de 1930 el hecho de conducir un vehículo de motor mecánico en forma o velocidad peligrosa para el público (aunque la velocidad no está previamente tasada en las carreteras de la Gran Bretaña) constituye una falta (*misdeemeanour*), pero si del hecho resulta muerte, un homicidio (*manslaughter*).

(30) KENNEDY, *Outline of Criminal Law*, Nueva York, 1907, pág. 125; la doctrina actual en CROSS-JONES, *An Introduction to Criminal Law*, Londres, Butterworth, 1948, pág. 217.

V. LEGISLACION ESPAÑOLA

a) DEFINICIÓN Y EXTENSIÓN DE LA CULPA (IMPRUDENCIA).

En la antigua legislación española los delitos culposos fueron tratados conforme a la sistemática general romano-francesa de la incriminación en casos concretos. En el Fuero Juzgo (Ley 3, título II, libro VIII) hay preceptos contra los incendiarios imprudentes («por ventura»), a los que simplemente se obligaba a pagar el daño ocasionado («peche cuanto valía la cosa que quemó»); en el Fuero Real (Ley 7, tít. XVIII, lib. IV) se prevé la culpa del jinete que «remetiere su caballo en rúa» o del jugador de «pelota, chueca o texuela que por ocasión matare algún home», castigándoseles a «pechar el homecillo», con la observación de que el hecho resultaría impune si se hubiere realizado fuera de poblado; en las Partidas se repite este criterio (Ley 4, tít. VIII, p. VII), abundando los preceptos ejemplificadores y asimilando, a veces, la muerte culposa a la perpetrada en estado de embriaguez (Ley 5 del luga citado). Otro tanto puede decirse de la Novísima Recopilación (Ley 14, tít. XXI, lib. XII) y aun del Código penal de 1822, en el cual falta aún un tratamiento común de culpa, castigándose, al modo francés en el artículo 627, el homicidio «involuntario, por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza, equivocación, contravención a las reglas del buen gobierno o por otra causa semejante que pueda y debe evitar». Sin embargo, aunque se pene sólo en los casos previstos, en dicho cuerpo legal aparece, en su artículo 2, una definición general muy plausible de la culpa, diciéndose que «comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por causa que puede y debe evitar». Fué el Código de 1848-50 el que inauguró el original sistema aún dominante y genuinamente español de considerar la culpa con nombre propio de imprudencia y aplicable a no importa qué especie de delitos, aunque dentro de un título de la parte especial (a la sazón el décimoquinto del libro II). Persistió, en lo esencial, en el Código de 1870 (art. 581), en el de 1931 (art. 558) y en el actual de 1944 (artículo 565), y únicamente fué cambiado en el dictatorial de 1928, en el que la materia culposa se regulaba, con metodología indudablemente más correcta, dentro de la parte general (art. 33 y 34 en el cap. I, tít. I, del lib. I). A lo largo de esta historia legislativa, el concepto de la culpa ha ido sensiblemente mejorando, sobre todo desde que, en 1931, se prescindió de la absurda manera de graduar la responsabilidad por la gravedad mayor o menor del delito doloso de obligada referencia. Con todo y con eso, la noción legal ofrece motivos más que suficientes para la crítica, que no le ha sido, ciertamente, regateada por los comentaristas, aunque por motivos diversos y no siempre justos.

El artículo 565, integrante él solo del título XIV y último del libro II del Código, dice así:

«El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho, que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia se impondrá la pena de arresto mayor.

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales según su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.

Los dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrán lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente.

Toda infracción sancionada en este artículo cometida con vehículos de motor llevará aparejada la privación del permiso para conducirlos por tiempo de uno a cinco años. Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiéndose aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos, a juicio del Tribunal, cuando los daños causados fuesen de extrema gravedad, teniendo en este caso carácter definitivo la retirada del permiso de conducción. En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionalmente.»

Concordado esta definición de la imprudencia con la general del delito que ofrece el artículo primero del Código, surge la ardua dificultad de conciliar ambos conceptos. Dificultad que resulta insoluble de aceptar, como la mayoría de los comentaristas, que el término de «acciones voluntarias» del artículo primero equivale a «maliciosa», pues, en este caso, no pudiera comprenderse en la definición genérica del delito la forma culposa a que el artículo 565 hace referencia ni otras muchas modalidades del mismo tipo, no específicamente maliciosas, que a lo largo del libro II aparecen tipificadas. Es la razón de por qué, en otro lugar (31), he preferido acogerme a una lata interpretación de la noción de «voluntariedad», que sea capaz de abarcar las dos posibilidades de responsabilidad penal: la del dolo y la de la culpa. Forzoso es reconocer, esto no obstante, que la letra del artículo 565 no abona demasiado para el concordismo, que se impone más por necesidad que por otras consideraciones, pues al decir que «el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho, que si mediare malicia constituiría delito», una lógica gramatical implacable, en base al infeliz uso del futuro condicional, deduciría que no son «delitos» las «imprudencias temerarias», solución que, a su vez, la más ele-

(31) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid. Ed. «Revista de Derecho privado», 1946, T. I, art. 1, y T. II, art. 565.

mental lógica jurídica repele. Siguiendo los dictados de ésta, que es la que al fin y al cabo manda a los juristas, la acción (u omisión) imprudente constituye delito, y, por tanto, quiera o no, ha de encuadrarse en la disciplina del artículo primero del Código. Hay voluntad en la imprudencia como la hay en el dolo, y lo que las distingue es que en aquélla la dirección volitiva se extravía, cosa que, por cierto, acace también en dolos excepcionales como el eventual. El signo diferencial hay que buscarlo no en la ausencia de voluntariedad, sino en la de la «malicia», puesto que en nuestra legislación no hay otra base de discriminación. Sin volver al tema ya tratado, de las que se señalan tan profusamente por los científicos, ni insistir sobre la lamentable imprecisión técnica de nuestro Código, las dificultades prácticas son fácilmente soslayables con sólo añadir al sustantivo delito el calificativo de culposo o imprudente. Así se evita la conclusión de admitir en el derecho positivo español un *crimen culpae*, aunque el hecho de incluir el artículo 565, en el libro II, así parece imponerlo. Pese al grave defecto metodológico, la imprudencia no es ni puede ser un delito típico y sustantivo, pues está, en realidad, condicionado por la tipicidad de cada delito doloso principal, que es el que fija la pena y que debiera determinar también el *nomen*. La expresión consagrada por el uso en las calificaciones culposas de «delito de imprudencia» debe ser sustituida más correctamente por la de «delito de X por imprudencia».

En compensación a los defectos léxicos y metodológicos, tan obvios en la concepción legal española de la culpa, debe ser puesta en evidencia su originalísima y valiosa posición de permitir la incriminación en todos los delitos en que no lo impida su naturaleza peculiar. En efecto, el hoy predominante sistema del *numerus clausus* de culpa, con o sin definición en ella en la parte general, es de pobrísimos resultados en la práctica. Aun en el Código alemán, con ser de los más amplios, puesto que, como ya se vió, consigna hasta doce casos de imprudencia tipificada, se obliga a los Tribunales, en infinidad de ocasiones, a dejar en la impunidad acciones que, siendo notoriamente peligrosas e injustas, no encajan precisamente en la antijuridicidad del dolo, la única posible a aplicar por imperativo de una ley inflexible en demasía. El nuestro, en cambio, con su amplitud, tan inconsideradamente criticada, del artículo 565, permite una envidiable flexibilidad de individualización, que hace posible romper la disyuntiva de la plena responsabilidad del dolo o del total impunismo.

La forma de culpabilidad «abierta» que el Código penal español admite es justa, útil y científica, aunque implique, naturalmente, ciertas dificultades de coordinación con los tipos básicos en que la modalidad culposa haya de encarnar. Pues claro es que no todas las infracciones son aptas por su naturaleza a la apreciación culposa, siendo quizá imposible decidirlo de un modo rotundo y *a priori*. La capacidad de imprudencia de los humanos es

tan inagotable como la de su malicia, y bastante hace la ley con predeterminar los tipos delictivos sin necesidad de descender a la de las formas de responsabilidad. Por lo mismo es labor perdida la de intentar un catálogo exhaustivo de las formas culposas punibles, con rigor verdaderamente científico, pues es cosa que sólo el imperio de una ley puede hacerlo, generalmente de un modo tan imperativo como arbitrario. No falta, sin embargo, algunas reglas útiles de exclusión, a las que ya se aludió más arriba con carácter general y que conviene examinar ahora algo más concretamente a la luz de nuestro Derecho positivo. Una de ellas es la de negar la posibilidad de imprudencia a aquellas infracciones que requieran, por su estructura, un dolo duplicado o, simplemente, voluntades diversas; por ejemplo, el asesinato—de matar a traición—, el parricidio—de matar concretamente a ciertos parientes—, el de infanticidio—de matar al hijo y de ocultar la deshonra—, el atentado—de agredir y desconocer la autoridad—, la estafa—de lucrarse y engañar—, el robo—de lucrarse y agredir o violentar—, el hurto—de lucrarse y substraer—, y así otras muchas. Incluir en estas infracciones de imponible calificación culposa, las de estructura meramente formal, es otra regla útil, aunque no sin excepciones. No cabe, ciertamente, la imprudencia en modalidades de puro formalismo, cual la tenencia de armas o explosivos sin licencia, pero es factible en otras de no tan específico carácter formal, como la bigamia, ciertas falsedades y los mismos daños. Sin poder descender a más detalles, pues ello equivaldría a pasar revista a toda la parte especial del Código, es conveniente la referencia a estas dos últimas eventualidades de falsedades y daños culposos, en que la cuestión es más encarnizadamente debatida.

En la falsedad documental, tanto la del funcionario público del artículo 302 como la particular del 303, el elemento intencional se estima por algunos (Fejerina y J. A. Oneca) tan decisivo que su ausencia priva al acto de antijuridicidad y a la vez de criminalidad, pues no habiendo en él dolo la culpa es incapaz de surgir (32). En contra de este punto de vista (33), la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en numerosísimas decisiones, ha venido corrigiendo el hieratismo demasiado formal que a nuestra legislación de falsedad legó la francesa, admitiendo la posibilidad de apreciar en ella las modalidades de imprudencia (Ss. 5 mayo 1926, 28 octubre 1936, 31 agosto 1939 y 22 octubre 1940, entre otras muchísimas). Tan arraigado se halla este punto de vista en nuestra práctica forense, que una ley especial ha sido preciso, la de 18 de diciembre de 1946, para modificar el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado y establecer que «el notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no

(32) ONECA, *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», T. I, 4, 1948, pág. 91.

(33) V. también tesis opuesta en *Falsedad documental*, Madrid, 1952, cap. X.

incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo». Según este precepto, que parece y quiere derogar, en privilegio del notariado, toda una sistemática secular del Código penal, no cabría la imprudencia en esta especie de funcionarios, que solamente habrían de delinquir por dolo. El problema subsiste, por lo menos, respecto a todos los demás (y aun creo también que para los mismos notarios cuando la falsedad no provenga de las maquinaciones «maliciosas» de terceros a que la ley de 1946 hace referencia), por lo cual nuestra doctrina jurisprudencial sigue en pie. Es valiosa y correcta, aunque no coincida ni pueda coincidir con las extranjeras, en que predomina, como ya se vió, el sistema de la culpa del *numerus clausus*, pues si bien es cierto que la voluntad es requisito indispensable para la mutación de la verdad, voluntariedad hay también, aunque desviada, en la culpa. Su constatación psicológica debe ser relacionada con el elemento moral de la maliciosidad y, en su ausencia, optar por la forma culposa que permite la subsistencia del tipo. Se da tal posibilidad en la clásica conducta negligente del funcionario, notario o no, que firma documentos sin percatarse de su objetiva certeza y adecuación formal; hay voluntad en el acto, aunque no malicia, y de esta doble peculiaridad positiva y negativa nace precisamente la culpa. En cambio, será ciertamente imposible la calificación de imprudencia en las falsedades de documentos privados o en la utilización de los públicos falsos con ánimo de lucro o de perjudicar a tercero, pues la duplicidad de intenciones enerva la modalidad de culposa.

Por lo que respecta a los daños, es arriesgado afirmar rotundamente, como suele hacerse, que sean inadecuados a la calificación de imprudencia, por entenderse que la ausencia de intención acarrea automáticamente la metamorfosis de la acción criminal en civil. El daño criminal es siempre una especie de la que el género es el civil del artículo 1.902; que la intención dolosa sea el signo distintivo de ambos, en el sentido de que haya un dolo específico de daño diverso en uno y otro caso, es tema muy discutible y propicio a divagaciones impropias de este lugar (34). Ciertamente es que hay un dolo específico de dañar, pero no lo es menos que cada tipo criminal descrito a lo largo de los trece primeros títulos del libro II del Código, salvo disposición expresa en contrario, presupone constantemente una intención del mismo género que determina su anti-juridicidad, por así decirlo, «normal». A mayor abundamiento, el artículo 600 del Código penal es terminante al sancionar criminalmente, a título de falta, «un daño cualquiera no superior a 250 pesetas, ocasionado por negligencia o descuido»; lo que demuestra hasta la saciedad que «el daño cualquiera» superior a dicha cantidad, causado también por «negligencia o descuido», esto es,

(34) QUINTANO RIPOLIÉS, *Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de daño*, «Revista de Derecho privado», octubre 1949.

culposamente, ha de constituir delito, por ser absurdo que los de mínima entidad tuvieren efectividad criminal y los de mayor sólo civil. Lo cual no significa, como es natural, que haya daños que, por ser de tendencia, como el vindicativo, no puedan consentir forma de culpa, pues requieren la duplicidad de intenciones a que se hizo referencia, la de dañar y la de vengarse. Por otra parte, a los muchos a que repugna la posibilidad culposa del daño se les pudiera demandar por qué no sienten los mismos escrúpulos al aceptar esa misma forma en delitos de incendio o estragos que, al cabo no son otra cosa que daños cualificados. A éstos nadie osa regatear la modalidad culposa, que tan peculiar les es desde el Derecho romano; y si un daño perpetrado por el fuego o la inundación puede ser imprudente, ninguna buena razón hay para que no pueda serlo también el ocasionado por una pedrada o por el contronazo de un automóvil.

Sobre la apasionante cuestión de la comisión culposa de daños, la trayectoria de la jurisprudencia es la siguiente: Se requiere la intención de causar un mal (S. 12 febrero 1912); pero esa intención se presume *juris tantum* como en los demás delitos dolosos (S. 15 octubre 1934). Categóricamente, se excluyó la forma culposa en la conocida sentencia de 8 de mayo de 1933, que lo razonó diciendo que ésta no cabía en los delitos «de tendencia», como si efectivamente todos los daños tuvieran forzosamente que ostentar tal carácter, como lo ostentan los daños vindicativos y los de ofensa a la autoridad. Igualmente lo rechazaron la sentencia de 13 de noviembre de 1934, que ponía los requisitos de la culpa penal en la tipicidad y la punibilidad, y la de 5 de octubre de 1942.

Por el contrario, aceptaron la posibilidad de la imprudencia en daños la sentencia de 9 de julio de 1940, en un guardabarera que con su descuido dió lugar al atropello de un rebaño por el tren, y las de 25 de febrero, 4 de marzo y 9 de junio de 1941. Especialmente categórica es la sentencia de 18 de junio de 1941 revocando un auto de sobreesimiento de una Audiencia por supuesta inexistencia de delito en un choque de automóviles que sólo determinó daños; en ella se deja sin efecto la decisión inferior y se afirma la existencia de delito por entender que la voluntariedad de las acciones y omisiones punibles del artículo 1.º del Código abarca tanto a las formas dolosas como a las de imprudencia.

En contraste con estos laudables puntos de vista de la jurisprudencia de extender la forma culposa a delitos como la falsedad y el daño, es de citar un evidente exceso de utilización del mecanismo del artículo 565 en la sentencia de 23 de diciembre de 1947, que admite la calificación de «parricidio por imprudencia», casando la del Tribunal *a quo* que se había limitado a apreciar la atenuante de preterintencionalidad. La incorrección técnica de la calificación jurisprudencial radica en el desconocimiento de la doble intencionalidad—propia del parricidio—de causar la muerte a tal persona ligada por el vínculo parental determinado, que la impru-

dencia no puede destruir; en el supuesto de darse el hecho imprudente, no la calificación de parricidio, sino la de homicidio culposo hubiera sido la pertinente.

b) *Las clases de culpa.*

Al contrario de lo que, como ya se dijo, acontece en la mayoría de las legislaciones extranjeras, el artículo 565 del Código penal español admite no sólo varias nomenclaturas de culpa, sino una verdadera graduación penal de esta forma de responsabilidad. Hay en él dos formas o clases de ella a título de delito: la temeraria y la simple con infracción de reglamentos, y hay, además, una tercera, la simple sin infracción reglamentaria, que se conceptúa falta en el número 3.º del artículo 586. A ellas pudieran añadirse sólo en lo que respecta a la culpa por medio de vehículos de motor una nueva modalidad propia del Código reformado de 1944, la de «impericia o negligencia profesional», que acarrea una agravación obligada (la del grado máximo de la pena) y otra facultativa (la de aumentarse en uno o dos grados cuando los daños ocasionados fueren de «extrema gravedad»).

Las diferencias de nomenclatura—de imprudencia y negligencia—son seguramente meramente nominales y siempre equivalentes, según Pacheco y Groizard, mientras que Silvela, Viada y Cuello Calón pretenden diferenciarlas, este último con referencia a la dinámica del acto, que en la imprudencia es de «actividad» y en la negligencia de «inactividad» u «omisión». La conjunción disyuntiva usada en el segundo párrafo del artículo 565: «por simple imprudencia o negligencia» parece zanjar la cuestión en favor de la equivalencia y aunque esta disyuntiva no exista en el texto del párrafo primero, nada impide concebir una «negligencia temeraria» o una «imprudencia omisional». En cuanto a la impericia profesional no parece tener otra trascendencia que la de una imprudencia cualificada.

La temeridad en la imprudencia envuelve una consideración más cuantitativa que cualitativa. Es la imprudencia grave o lata de los antiguos, para cuya estimación no hay base alguna legal, debiéndose resolver conforme a los dictados de la doctrina. La jurisprudencia, de acuerdo con la clásica, gusta acudir a menudo al módulo de la previsibilidad que, como ya se ha dicho, no es del todo convincente. Lo es mucho menos aún en nuestro Derecho positivo que para nada hace referencia, como tantos otros, a semejante factor. La cuantía de previsibilidad y aun de temeridad, no definen en él la culpa ni la diferencian siquiera del dolo perfecto o eventual. El caso del aborto homicida del artículo 411 es suficientemente elocuente a este propósito. Ocasionado el aborto voluntario con la máxima pericia ginecológica y precauciones higiénicas, si la muerte sobreviene hay dolo; en cambio, si falta la intención criminal previa y la más ignorante de las campesinas manipula te-

merariamente para asistir a un parto, ocasionando la muerte con su inexperiencia y bárbaras artes, existiría homicidio imprudente y no doloso, ni eventual siquiera; aparte, claro está, de la posible incriminación culposa del aborto que, aunque difícil, ofrece seguramente ciertas modalidades culposas, según la acertada doctrina de Del Rosal (35).

De lo dicho se infiere la imposibilidad y grave riesgo de sentar reglas previas para graduar la gravedad (temeridad) de la imprudencia, pues es este terreno impropio como ningún otro para las construcciones apriorísticas. A título de mera orientación la jurisprudencia ilustra sobre ello, calificando la temeridad por la «omisión propia de los cuidados que la mayoría de los hombres, aun los menos cuidadosos, hubieran adoptado» (S. 26 mayo 1908); o acudiendo a la norma subjetiva y relativa de la «diligencia del buen padre de familia» unida a la «objetiva de la naturaleza del asunto» (S. 9 julio 1940); o a la ausencia de las medidas precautorias que hubiesen estado al alcance de la inteligencia menos cultivada—criterio intelectualista—(S. 14 febrero 1945); o el no acomodarse a lo que en cada caso concreto aconseja la más elemental prudencia (S. 28 marzo 1945); o la invocación, de acuerdo con la doctrina de la *antidoverosité* ya citada, a «obligaciones primordiales e inexcusables que vienen impuestas a todo conductor de atender al desempeño de su cometido en modo total y completo» (S. 15 marzo 1949).

Es evidente, por todo lo dicho, que sólo las consideraciones de persona, lugar y tiempo son las que determinan, en cada caso, la gravedad o temeridad que, aunque sea un concepto eminentemente jurídico, sólo puede encarnar en una cuestión de hecho de magnitud relativa y casuística.

Por lo que hace referencia a la imprudencia simple, antirreglamentaria o no, circunstancia que sirve para degradar el delito a falta, la exclusión de temeridad es la norma. Bien entendido que no es posible nunca una imprudencia simple como delito ni tampoco una mera infracción reglamentaria sin la concurrencia del factor culposo, siendo menester su conjunción para que el delito surja. La tal conjunción, de otra parte, ha de ser ocasionadora del daño y no simplemente circunstancial, pues el mecanismo de causalidad no es menos necesario en el terreno de la culpa penal que en el del dolo. La infracción reglamentaria por sí sola no interesa para nada al Derecho penal, ni como falta siquiera, a no ser que mediase una tipificación previa definitoria o «en blanco», como acontece en algunas ocasiones. En todo caso es obvio que la pura infracción no obliga, en modo alguno, a acudir al párrafo segundo del artículo, pues puede darse lo mismo en la imprudencia simple que en la temeraria, consideración que ha puesto de manifiesto, entre otras,

(35) DEL ROSAL, *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, Aldecoa, 1942, pág. 90; ejemplifica agudamente el caso de un aborto causado por una grave noticia.

las sentencias de 11 de diciembre de 1942, 29 de septiembre de 1943, 1 de marzo de 1945 y 19 de mayo de 1949. El concepto de Reglamento es más bien amplio, comprendiéndose en él según sentencia de 28 de junio de 1949, no sólo los emanados del Poder ejecutivo, en uso de la autorización para aplicar las leyes, sino también las Ordenanzas, los bandos de buen gobierno, las reglas de policía y preceptos de corporaciones u organismos para el cumplimiento de fines de interés general.

Sin base alguna en el Derecho positivo, que no exige en el artículo 565 del Código una licitud del acto inicial y seguramente por una excesivamente rigurosa interpretación de la doctrina del dolo eventual del párrafo tercero del artículo 1.º, la jurisprudencia patria ha mostrado de antiguo una acusada y no demasiado plausible tendencia a la arcaica fórmula del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*. Ya fué censurada más arriba en referencia a la jurisprudencia británica, por lo que no hay por qué volver sobre el tema; tal punto de vista aparece con prístina claridad en la sentencia de 24 de noviembre de 1944, según la cual «la ilicitud del acto inicial priva de base a la imprudencia determinando el nacimiento del dolo eventual, con sólo posible apreciación de la atenuante de preterintencionalidad». Naturalmente que esta consideración estricta nos llevaría a consecuencias no muy distintas de la del famoso «asesinato del pavo» de la jurisprudencia inglesa y otros absurdos que sólo pueden corregirse o paliarse por un perfecto y no siempre fácil juego del mecanismo causal. Quien caza furtivamente en un coto y cazando mata a un hombre, no por ser ilícito el acto inicial ha de tener fuerza bastante para engendrar el dolo homicida, como tampoco puede tenerlo, pese a la letra estricta del artículo 501, número 1.º del Código penal, el ratero que manipulando en un tejado deja caer la teja que mata a un transeúnte. Bastante impropio es que el texto definidor del caso fortuito en el número 8 del artículo 8 exija la licitud efectiva del acto inicial, para que, además, sin que el artículo 565 lo haga, se pida igualmente a la imprudencia.

En materia circunstancial la Jurisprudencia rechaza, con impecable criterio, la concurrencia de la preterintencionalidad en la culpa (Sentencia de 14 de diciembre de 1940), admitiendo, en cambio, la de reincidencia, que debe estimarse (Sentencia de 11 de enero de 1945).

Como ya se ha dicho, no cabe tampoco, en nuestra doctrina jurisprudencial, la compensación penal de culpas, aunque pueda su concurrencia engendrar responsabilidades diversas (Sentencias de 29 de enero de 1943, 11 de enero de 1945 y 18 de enero de 1949).

CONSIDERACIONES BREVISÍMAS DE LEGE FERENDA

De lo dicho en torno a la doctrina y práctica de la culpa se infiere fácilmente lo bastante necesitada de regulación que se halla

la materia en nuestro Código. Son menester en él reformas sustanciales, sin duda, pero más de metodología que de esencias. Sobre todo deben mantenerse sus características tan genuinamente hispánicas de tipicidad abierta, no tan sólo, ciertamente, por ese valor tradicional, sino por su mejor adaptación a las esencias de lo culposo, notablemente en cuanto a lo bien que permite las soluciones de flexible individualización tan preferentes en el Derecho penal moderno. En efecto, la técnica tan nuestra del *numerus apertus* es de inapreciable valor para enjuiciar conductas ambiguas de culpabilidad, en que la estimativa del dolo es imposible y en las que, por tanto, una sistemática de tipos culposos cerrada obligaría al impunismo a no hallarse previstos específicamente en la ley. Mi experiencia personal, como magistrado en tribunales extraños, del Sarre y Egipto, en los que era menester manejar el sistema de incriminación culposa cerrada, me convenció de una vez para siempre de la superioridad del nuestro tradicional. En innumerables ocasiones aparecían actos evidentemente antijurídicos y culpables faltos de tipificación culposa e imposibles de encuadrar en la dolosa, por lo que indefectiblemente quedaban impunes. La *media via*, utilísima de la tipificación genérica española, es la única solución posible y justa en tantos casos, y todo el que se halle algo familiarizado con el modo de actuar de los tribunales en lo criminal se hará cargo sin más razonamientos de lo beneficioso que esa fórmula resulta.

Bien entendido que el criterio de utilidad no puede ser el único ni siquiera el prevalente. Lo es, sin duda, cuando, como en el asunto que nos ocupa, su utilidad no hiere ni remotamente otros valores más preciosos. Además de servir los de la tradición y la justicia, la del *numerus apertus* se acuerda perfectamente con los postulados teóricos de la culpa, forma de culpabilidad antes que nada y, por ende, susceptible de operar en no importa qué delitos, siempre y cuando, naturalmente, que no repugnen a su naturaleza. Tampoco vulnera nuestra fórmula, como alguien piensa, el principio de la legalidad, dado que el dogma del *nullum crimen, nulla, poena sine lege* se halla suficientemente amparado en la tipología básica, que es, por regla general, la dolosa.

Bajo el presupuesto de la conservación de la sistemática abierta de la culpa, la reforma del ordenamiento legal español debería ser dirigida a conseguir otros objetivos menos arriesgados y harto más urgentes. En primer término el de su situación fuera de la parte especial, que la presta regusto, ya que no intrínseca realidad, de delito en particular. Su lugar está en la parte general, a continuación de la definición del dolo, del artículo primero, como complemento o suplemento que es de esta forma primordial de culpabilidad.

Convendría, asimismo, evitar en las definiciones, tanto del artículo primero como en la del actual 565, la perenne antinomia

de conceptos, resaltando, sobre todo, en la redacción del último al decir que «el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia constituiría delito, será castigado con pena de prisión menor». Ese condicional de *constituiría delito* lleva al tantas veces criticado dislate de estimar que en nuestro léxico legal la imprudencia no es «delito». ¿Qué será entonces?

También en materia de punición hállase el artículo 565 bien necesitado de reformas radicales. Convendría seguramente simplificar su casuismo clasificador, con el complicado escalonamiento de temeridad, simplicidad e infracción o no de reglamentos, que tanto tiene de laberíntico y de ilógico, sobre todo al disponerse felizmente en su párrafo tercero que «en la aplicación de estas penas procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61». De donde resulta que, de un lado, se libera al juzgador de la servidumbre ordinaria de mensuración de la responsabilidad, y de otra, se le sujeta a nuevos alardes de casuismo, impertinentes más que en otra en esta materia. Tampoco es demasiada acertada la regulación de la responsabilidad en el plano existente de prevalencia del resultado, destacada, sobre todo, en el párrafo último del artículo, al hacer referencia a la imprudencia mediante el uso de vehículos de motor. Siendo la imprudencia por definición y esencia, la forma más genuina del delito de riesgo y no de resultados, es poco lógico atenerse casi exclusivamente a éste para aquilatar las responsabilidades. Partiendo de las base de que el mal causado no ha sido querido por el imprudente, sino el acto mismo entrañando la imprudencia, es tal acto el que debiera ser preferentemente valorado, no un resultado que, en la inmensa mayoría de las ocasiones se debe al puro azar. Nadie duda, en efecto, que hay conductas imprudentísimas sin resultados dañosos o que lo son en mínima cuantía, en tanto que las más tremendas catástrofes pueden ser motivadas por culpas de evidente levedad y aun por casos fortuitos.

Como se ve, no anda escasa nuestra ley de defecto que corregir en lo que atañe a la imprudencia, aun en el acotado margen de una eventual reforma parcial. De desear es que, llegada ésta, aunque lo preferible fuera quizá esperar a otra a fondo del Código entero, resultase respetado el sistema tan entrañablemente nuestro de su incriminación de tipo abierto, que sólo ventajas teóricas y prácticas reporta y que únicamente por un mal entendido prurito de mimetismo extranjerizante pudiera peligrar. Al desaparecer se quebraría quizá la única de nuestras genuinas instituciones jurídico-penales que permanecen y que verdaderamente merecen permanecer.