

Revista de libros

Sección coordinada por

M. MARTINEZ ESCAMILLA y
J. M. SANCHEZ TOMAS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito».
Edt. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. 201 páginas.

Valga, para comenzar, la transcripción de algunas de las frases con las que el Prof. Cuello Contreras fija el objetivo de este libro, que reproduce íntegramente el trabajo presentado por el autor como segundo ejercicio en el concurso a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura. «Objetivo básico de la presente investigación —escribe— ha sido el de fundamentar una determinada interpretación del artículo 6 bis a) ». Esta interpretación constaría de tres tesis. La primera: que el Legislador de la Reforma ha querido superar definitivamente la vieja doctrina del «versari in re illicita» (pág. 11). La segunda: que esta nueva regulación supone la consagración de la plausible distinción entre antijuricidad y culpabilidad. Y, por último, la tesis central: que en el párrafo II del artículo 6 bis a) «la vencibilidad» del error sobre la tipicidad, que puede dar lugar a una responsabilidad por imprudencia, debe ser entendida en el sentido de que estaremos ante un comportamiento imprudente cuando el autor que, por ejemplo, no se ha representado la muerte de un hombre, sí se ha representado la situación que el Derecho quiere evitar, en atención a los peligros para la vida que aquélla entraña (tipo de imprudencia). Si no ha habido tal representación ni siquiera estaremos ante un comportamiento típico.» (pág. 12). «...Lo que no se puede es, por ejemplo, utilizar la defectuosa terminología del párrafo II para establecer una responsabilidad por imprudencia allí donde el autor no se representó ni la posible muerte de un hombre ni el peligro para la vida humana en base a que lesionó una norma con cuyo cumplimiento habría podido prever una u otro»

(pág. 12). «El autor se ha tenido que representar los elementos que hacen típico su comportamiento; de no ser así, no existe la más mínima base de una posible responsabilidad penal». (pág. 13).

Las frases transcritas encierran una idea sorprendente: la necesidad de que el sujeto conozca el riesgo generado por su conducta para poder apreciar un error de tipo vencible, no pudiendo afirmarse la responsabilidad por imprudencia cuando el sujeto desconoció, no se representó, la situación de peligro.

Consecuencia de esta idea sería el tener que negar la responsabilidad en el ejemplo paradigmático del que dispara contra unas matas sin pensar por un momento que lo que detrás de ellas se mueve no es un conejo, sino otro cazador, posibilidad ésta perfectamente previsible.

Estas ideas, por su trascendencia dogmática y práctica, requerirían un gran esfuerzo de cimentación. No obstante, Cuello Contreras se limita a ofrecernos una pretendida fundamentación histórica, «contrastando las más representativas concepciones del delito defendidas en España con anterioridad a 1931...con las concepciones desarrolladas a partir de esta fecha, que, contando con la construcción del delito en tres escalones, sobre todo con la sistemática finalista, permiten resolver el problema del error en Derecho penal» (pág. 13). Este pormenorizado paseo «histórico» resulta en sí mismo instructivo, entre otras razones, por prestar primordial atención a la doctrina española: el Krausismo, la teoría del delito de Pacheo, Luis Silvela, Dorado Montero, Navarro de Palencia, Jiménez de Asúa, Ferrer Sama, etc, constituyen los hitos de este recorrido. Ahora bien, sin desmerecer sus virtudes, esta evolución se evidencia claramente insuficiente como aval de las tesis erigidas en objeto de la investigación; y es que el conocimiento de los cambios en el tratamiento de un problema resultará útil o incluso necesario para una mejor comprensión del mismo, pero nunca una evolución histórica podrá fundamentar por sí misma la incorrección o el acierto de una determinada postura. Las únicas ideas calificables de argumentos de las afirmaciones realizadas, serían las defendidas recientemente por Struensee, que expone Cuello Contreras y a las cuales se adhiere en bloque (págs. 177-189).

Dado que objetivo de cualquier monografía es avivar la discusión, permitasemé, a riesgo de rebasar los márgenes del tradicional concepto de recensión, una valoración crítica de la tesis de Struensee, que es en definitiva la defendida en el libro recensionado. Al resultar imposible por razones obvias descender al detalle, me limitaré al comentario de las ideas centrales.

Como bien es sabido, el esfuerzo de Welzel por presentar la finalidad como criterio de imputación ontológicamente fijado fracasa estrepitosamente en los delitos imprudentes, llegando el padre del finalismo a reconocer expresamente que en la imprudencia la esencia del desvalor de la acción reside en un momento normativo: la lesión de la diligencia exigida en el tráfico. No obstante, algunos de sus discípulos no cejaron en el empeño inicial, de tal manera que en los delitos culposos asistimos, como metafóricamente señala Armin Kaufmann, a «la caza de la finalidad en la imprudencia». Pues bien, partiendo de una crítica a la teoría de la imputación objetiva por conceder relevancia en el tipo objetivo a un dato de naturaleza eminentemente subjetiva: los conocimientos especiales del autor, retoma Struensee el reto de diseñar el in-

justo imprudente como reflejo de la estructura final de la acción. De nuevo nos encontramos, a mi juicio, ante un intento fallido.

El autor alemán admite que en este ámbito la finalidad no va dirigida a la causación del resultado típico, sino que la base fáctica de la finalidad en la imprudencia la constituyen «una determinada constelación de circunstancias objetivas valoradas negativamente porque el Ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión de un bien jurídico (causación del resultado típico), prohibiendo por ello la producción final de dicha constelación». (JZ 1987, pág. 58). Es la producción o utilización consciente de las circunstancias generadoras del riesgo, su conocimiento, lo que fundamenta el injusto imprudente (JZ 1987, pág. 60). Según este autor, en casos como el de la enfermera que, desconociendo su contenido, suministra al enfermo la inyección letal preparada por el médico, lo determinante en realidad para decidir si se responde o no por el resultado es el conocimiento o desconocimiento del autor de que su acción constituye un comportamiento homicida, dato a tener en cuenta en el tipo subjetivo del delito imprudente, donde también deberá estudiarse la figura del error, pues para este autor la esencia de la imprudencia no es más que «el conocimiento por el actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable («riesgo no permitido»)» (JZ 1987, pág. 60). De esta manera, en el supuesto de la enfermera, la ausencia de desvalor de la acción tendría por fundamento un error en los presupuestos del riesgo.

Pues bien, la configuración del injusto personal propuesta por Struensee y asumida por Cuello Contreras no me parece viable. Por una parte, tan sólo haciendo un gran esfuerzo podría reconocerse una especie de finalidad en la creación consciente de una situación de peligro sin que se desee un resultado lesivo. Pero, además, el ser coherente con las ideas descritas requeriría el tener que afirmar la impunidad de la culpa sin representación, pues precisamente ésta se caracteriza por la falta de consciencia del riesgo. Desde un punto de vista político-criminal esta impunidad resulta inadmisibles. No se entiende por qué no ha a responder de la muerte causada el médico que olvida el instrumental dentro del enfermo o el conductor que por ir distraído no ve el semáforo. Una afirmación de semejante envergadura precisa una muy buena fundamentación, fundamentación que ni Struensee ni Cuello Contreras nos ofrecen.

Si se reconoce la imposibilidad de dejar sin más impune la imprudencia inconsciente, deberá admitirse que no todo desconocimiento de las circunstancias determinantes del peligro puede excluir el injusto personal. A la cuestión de cuándo ese desconocimiento es relevante y cuándo no lo es sólo puede responderse, a mi juicio, normativamente. Lo lógico, desde parámetros preventivo-generales, será acudir, en primer lugar, al baremo del observador objetivo perteneciente al mismo círculo que el autor, figura que, en clara contradicción con sus postulados, parece retomar también el autor alemán. Así al afirmar, por ejemplo, que «el automovilista desatento que atropella a un niño que jugaba al lado de la calzada entre los coches aparcados y saltó a la calzada, comete un homicidio imprudente si un conductor prudente hubiera notado la presencia del niño y evitado el accidente» (JZ 1987, pág. 62) o cuando escribe que «en relación con qué factores de riesgo merece la impunidad (autorización de riesgo) el desconocimiento, es una cuestión normativa prejuizada por la es-

estructura del injusto» (JZ 1987, págs. 62-63). En definitiva, lo decisivo para el injusto imprudente no puede residir en si el sujeto conoció o no conoció las circunstancias generadores del riesgo, sino en si debió percibir las o si no se le puede atribuir semejante deber. Lo decisivo es, pues, el momento normativo. De cualquier forma y se explique como se explique el injusto imprudente, acudiendo al baremo del hombre medio o considerando las posibilidades personales del autor, resulta imposible, por muy buena voluntad que se tenga, el reconocer en la imprudencia inconsciente la tan buscada finalidad que dote a delitos dolosos e imprudentes de un injusto homogéneo.

Por lo dicho considero fracasado este nuevo intento de diseñar un injusto imprudente como reflejo de la estructura final de la acción y con ello el retorno a concepciones psicológicas de la imprudencia, a cuya superación contribuyó en gran medida el propio Welzel, no entendiéndose la obcecación por revitalizar algo cuyo encefalograma hace mucho tiempo que dio plano.

Si bien la disyuntiva: parámetros normativos o parámetros finalistas en el diseño del injusto imprudente ha de considerarse saldada a favor de los primeros, en los últimos tiempos puede constatarse el traslado de este dilema al ámbito de los delitos dolosos. Aunque la clave para la definición del injusto doloso sigue viéndose mayoritariamente en la voluntad final, recientes investigaciones vienen atribuyendo relevancia en este cometido a elementos normativos en detrimento del dolo. En el terreno de lo concreto se afirma que existen problemas, como por ejemplo el de los cursos causales atípicos, las desviaciones del curso causal, el fenómeno del riesgo permitido, etc, que tan sólo pueden ser debidamente explicados acudiendo a criterios objetivo-normativos y no a instancias subjetivas. Nos encontramos en los inicios de la lucha entre el momento objetivo-normativo y el subjetivo-final por su preponderancia, si no exclusividad, en la definición del injusto doloso. Es en este ámbito y no en el de los delitos imprudentes donde la discusión se adivina fructífera.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

HORMAZABAL MALAREE, Hernan: «Bien jurídico y estado social y democrático de derecho». (El objeto protegido por la norma penal). Ed. P.P.U. (Promociones y Publicaciones Universitarias). Colección Estado y Derecho. núm. 2. Barcelona 1991. 188 págs.

En el Derecho penal moderno aparece como unánimemente defendido el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo ese consenso doctrinal comienza y acaba con su mera formulación (1). A partir de ahí, introduciéndonos en

(1) Así, ALVAREZ GARCÍA, J.: «Bien jurídico y Constitución». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, Madrid, 1991, afirma que la pretensión de configurar un concepto de bien jurídico como límite del *ius puniendi* «puede convertirse en mera literatura si no somos capaces de construir un concepto material de bien jurídico», pág. 5. Igualmente,