

LOS DELITOS CALIFICADOS POR UN RESULTADO MÁS GRAVE CULPOSO Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*

DR. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS**

La ley orgánica de 25 de junio de 1983 ha modificado el art. 1º del Código Penal español. Desde entonces su segundo párrafo reza así: "No hay pena sin dolo ni culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa". Con ello y con la supresión de otros preceptos se ha pretendido, en palabras de la Exposición de Motivos, "desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones"¹.

* El presente trabajo constituye una exposición reelaborada a tenor de las recientes reformas del Código Penal español y actualizada con la nueva bibliografía alemana (hasta el 31 de agosto de 1983), de parte del artículo que con el título "Los delitos calificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de Código español de 1980" fue publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1982, págs. 627-649. 1983, págs. 100-126.

En su actual configuración ha sido publicado en lengua alemana en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, págs. 1059-1090.

** El autor es profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza (España). Licenciado en Filosofía y Letras, Sección Psicología, en la Universidad Central de Barcelona (1973); Doctor en Derecho de la Universidad de Zaragoza (1981). Ha sido becario del Ministerio de Universidades e investigación (1975-1977), de la Fundación March (1978-1980) y del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD) en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Friburgo, i. Br. República Federal de Alemania (1981-1984).

Dentro de sus publicaciones se encuentran diversos artículos en las más importantes revistas europeas, así como algunas traducciones del alemán y del inglés. En nuestro medio es bastante conocido, gracias a la difusión de dos obras suyas que le publicara Bosch: *El derecho penal ante el sexo. Contenido, límites y criterios de concreción del derecho penal sexual, y Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del derecho penal sexual*.

Nuestra Revista ha tenido el honor de contarle entre sus colaboradores; queremos agradecer a tan distinguido jurista la deferencia que ha tenido para con nuestra publicación. *Nota de la Coordinación*.

¹ Exposición de Motivos de la ley orgánica 8 de 1983, de 25 de junio. *B.O.E.* de 27-6-83.

Una panorámica general del contenido de la citada ley se encuentra en el informe de DíEZ-RIPOLLÉS "La reforma penal española de 1983", publicado en esta revista (núm. 27) este mismo año. La ley, configurada como una reforma urgente y parcial del Código Penal, ha querido poner remedio a los defectos más importantes de este, a la espera de la aprobación de un nuevo Código Penal. No obstante, la amplitud y profundidad de esta ley de reforma, sin duda la más importante de todas las que se han sucedido desde 1870, y las dificultades que vienen surgiendo para la aprobación de un nuevo Código (un proyecto de 1980 fue retirado del Parlamento tras el cambio de legislatura en 1982, y a finales de 1983 se publicó una propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal, que ha sido sometida a

En lo que respecta a los delitos calificados por el resultado, ello se traduce en la negativa a tomar en consideración, como hasta ahora, los resultados fortuitos, exigiéndose cuando menos imprudencia respecto al resultado más grave². La fórmula adoptada concuerda sustancialmente con la vigente en el Código Penal alemán en su § 18 (antiguo 56), y con los requisitos que el Código Penal suizo establece para cada uno de los delitos calificados por el resultado en su parte especial³.

La pregunta que surge y sobre la que se centra este trabajo, es la siguiente: La exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos calificados por el resultado, ¿garantiza realmente la vigencia del principio de culpabilidad en estos preceptos? Y, en caso negativo, ¿qué solución de *lege ferenda* es la más adecuada? El interrogante resulta sin duda nuevo en la doctrina española, preocupada forzosamente hasta el momento en pedir la supresión de la vigencia general del *versari in re illicita* de nuestro Código, supresión lograda en esta última reforma⁴, pero no lo es en las doctrinas alemana y suiza, en las que existe desde hace tiempo una polémica a la que este trabajo quiere aportar nuevos argumentos tanto desde un punto de vista general como en conexión con el Código Penal español.

En el análisis de este problema nos vamos a centrar en la combinación tipo básico dolo-dolo y culpa-culpa que, además de menos frecuentes, es dudoso que respondan al concepto de delito calificado por el resultado⁵.

I

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD A LA LUZ DE LA EXIGENCIA DE IMPRUDENCIA

1. En Alemania la doctrina es ampliamente favorable a la presencia de delitos calificados por el resultado, siempre que se exija cuando menos culpa respecto

discusión pública con el fin de redactar posteriormente un anteproyecto de Código Penal) llevan a suponer que su vigencia será más dilatada de lo inicialmente previsto.

² Hasta esta reforma se podía aplicar la pena del delito calificado por el resultado más grave, también cuando este había sido fortuito.

³ Así, arts. 123 y 127.

⁴ Hasta esta reforma la existencia de determinados artículos en la parte general de nuestro Código determinaba que, de modo general, toda persona que cometía *cualquier* ilícito penal respondía a título de dolo de todas las consecuencias de él derivadas, aunque fuesen fortuitas o culposas. Por más que en los últimos años tal principio se interpretaba cada vez más restrictivamente por la jurisprudencia, su eliminación absoluta del Código era exigencia ineludible del principio de culpabilidad, como ponía de manifiesto unánimemente la doctrina.

En todo caso, y en relación con los delitos calificados por el resultado, en la reforma del Código de 1963 inicialmente se proponía exigir imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos calificados de aborto con resultado de muerte o lesiones graves, abandono de niños con resultado de muerte e atentado a la salud pública con resultado de muerte (arts. 411, 488 y 348). Tal propuesta, sin embargo, fue rechazada en el Parlamento.

⁵ Véase a DíEZ-RIPOLLÉS, "Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal español de 1980", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, págs. 629-637.

al resultado más grave. Los que así piensan no dejan de repetir que tales estructuras típicas, es decir, una acción inicial dolosa, ya de por sí constitutiva de delito, vinculada a un resultado más grave culposo, son perfectamente compatibles con un derecho penal rigurosamente respetuoso del principio de culpabilidad⁶.

Ahora bien, ello no obsta a que haya acuerdo general entre tales autores en mostrar sus reservas respecto a que el principio de culpabilidad se realice plenamente a tenor de los elevados marcos penales de estos tipos que, opinan, deben ser urgentemente rebajados si no se quieren empañar los satisfactorios resultados que la exigencia de imprudencia logra en esta cuestión⁷. Esta importante matización hace que las acusaciones que los dichos autores reciben en cuanto a que la exigencia de imprudencia no evita que sigamos estando ante una responsabilidad por el mero resultado, ya que los elevados marcos penales no corresponden a la simple adición de una conducta culposa a la previa conducta dolosa⁸, se vean en buena parte, pero no totalmente, neutralizadas⁹.

2. Efectivamente, rechazadas explícitamente por todos las excesivas penas que estos tipos comportan, el problema se centra en determinar qué argumentos existen para justificar penas que, pese a todo, sus partidarios piensan han de ser superiores a las que resultarían de añadir a la pena del delito doloso la del delito culposo.

RUDOLPHI nos dirá que se pena más que los habituales delitos culposos porque se considera el resultado más grave, como la realización de un riesgo contenido de modo característico en el delito base. Así, el autor que produce el resultado más grave al crear el riesgo de su aparición, infringe un deber por medio de un

⁶ Véase a HIRSCH, "Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts", *GA*, 1972, pág. 74; a MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5, Auflage, 1977, pág. 496; a RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar*, 3. Auflage, 1983, § 18 Rdn. 1; a SCHROEDER, en *Leipziger Kommentar*, 10 Auflage, 1980, § 18 Rdn. 34 y s.; a OEHLER, "Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm", *GA*, 1954, pág. 33; a GEILEN, "Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung", en *Festschrift für Welzel*, 1974, pág. 656; y a KÜPPER, *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikte und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1982, pág. 25.

En España en 1972 propugnaba una regulación de los delitos calificados en el mismo sentido, CEREZO MIR, "Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal", en *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1982, pág. 311. A su vez, COBO-VIVES (*Derecho Penal*, parte general, III, Valencia, 1982, pág. 230) consideran que la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave, aunque no supone un respeto absoluto del principio de culpabilidad, aminora su violación.

⁷ HIRSCH, ob. cit., págs. 67, 75, 77; RUDOLPHI, ob. cit., pág. 154; MAURACH/ZIPF, ob. cit., pág. 496; SCHROEDER, ob. cit., pág. 133; JAKOBS, *Das fahrlässigkeitsdelikt*, 1974, pág. 36; GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 2. Band, Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 257; SCHAFHEUTLE, ebenda, pág. 259; KÜPPER, ob. cit., págs. 12, 37, 42, 83, 124, quien, no obstante, parece en ocasiones (pág. 83) fundamentar una interpretación restrictiva de estos tipos en una inadecuación al principio de culpabilidad no solo debida a sus elevados marcos penales.

⁸ JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3 Auflage, pág. 463; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1976, pág. 242; Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17 Auflage, 1974, págs. 496, 497; SCHUBARTH, "Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte", *ZStW*, 1973, pág. 755; LANGE, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 255.

⁹ KAUFMANN (ob. cit., pág. 240) y *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, 2 Auflage, 1969, pág. 55) reconoce que la exigencia de imprudencia atenúa algo el ataque al principio de culpabilidad que suponen estos tipos.

delito base doloso al que le es característico tal riesgo, dándose un desvalor de acción que sobrepasa la mera causación culposa¹⁰.

HIRSCH habla, de modo semejante, de acciones básicas con una peligrosidad general. En ese sentido, si bien es cierto que cuando un hecho doloso acarrea una consecuencia fáctica previsible por el autor, esta se tiene en cuenta elevando la pena según las reglas generales de la medición, y que, si en algún caso ya se puede hablar de delito culposo, estaremos ante un concurso ideal que de todas formas lleva a que la pena se obtenga a partir del marco penal del delito doloso¹¹, en otros supuestos el riesgo peculiar de la lesión realizada dolosamente, puesto en relación con el tipo de consecuencia más grave previsible, puede exigir una agravación de la pena del tipo doloso que no puede cubrirse en el marco penal de este¹².

F. C. SCHROEDER¹³ estima que las penas más altas se deben a que el autor prescinde del aviso dado por la peligrosidad típica del delito base. Del gran número de lesiones del deber de cuidado estos tipos entresacan unas especialmente productoras de riesgo y exigen además en tal medida dolo. Se trata de una clase de imprudencia especialmente digna de pena en función de la lesión consciente del deber¹⁴.

Dicho de un modo breve, la doctrina citada justifica la mayor penalidad pues considera que existe en tales tipos un contenido de lo injusto adicional que no se tiene en cuenta si nos limitamos a superponer el contenido de lo injusto del delito doloso y del delito culposo.

3. Quienes critican la actitud de exigir imprudencia no han prestado, en mi opinión, la debida atención a los razonamientos arriba expresados, ocupándose, como luego veremos, de otros aspectos que no dejan de ser accidentales. Solo SCHUBARTH y LORENZEN han atendido directamente al núcleo de la cuestión, si bien, a mi entender, no llegan al fondo del problema. Veamos en qué medida pueden seguirse sus argumentos críticos.

Parece claro que los defensores de la exigencia de imprudencia integran en el tipo básico doloso el peligro de cara al resultado más grave. Ello por más que, como pone de relieve SCHUBARTH¹⁵, solo lo hagan si el tipo básico está inserto en una estructura típica más amplia calificada por el resultado.

Esto último, sin embargo, ya despierta objeciones: en primer lugar, pienso yo, ¿por qué apreciar en el tipo doloso básico el contenido de peligro unas veces sí y otras no, según esté el tipo básico inserto o no en un delito calificado por

¹⁰ RUDOLPHI, ob. cit., págs. 154 y 155.

¹¹ A diferencia del derecho alemán, no rige en España, como veremos, el principio de absorción en sentido estricto.

¹² HIRSCH, ob. cit., pág. 71.

¹³ SCHROEDER, ob. cit., págs. 133 y 134.

¹⁴ De modo semejante, entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 21 Auflage, 1982, § 18 Rdn. 5; BOLDT, "Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat", *ZStW*, 1956, pág. 356; KÜPER, "Gefährdung als Erfolgsqualifikation", *NJW*, 1976, pág. 546; WOLTER, "Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte", *JuS*, 1981, pág. 169; KÜPPER, ob. cit., págs. 43-44, 79, 81-82; ULSENHEIMER, "Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte", *GA*, 1966, págs. 266-268, 270-271.

¹⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 767.

el resultado? Si el contenido de lo injusto del peligro se da en *todos* los supuestos, como parecen dar a entender estos autores, el no valorarlo en determinado tipo de casos (cuando el tipo básico no se inserta en un delito cualificado por el resultado) implica una peculiar valoración de las conductas en cuestión¹⁶.

En segundo lugar, como señala SCHUBARTH, si al decir de los defensores de esta solución el peligro es tan importante, ¿por qué no se ha construido en todos los casos un tipo básico doloso de peligro, sin esperar a que se produzca el resultado? Si se alude tanto al peligro es porque se le da una entidad y un significado propios. Además, normalmente el legislador penaliza acciones peligrosas porque quiere intervenir antes de que se produzca el resultado¹⁷.

La consideración del peligro solo en los casos en que se plasma en la producción de un resultado material no es, desde luego, un procedimiento dogmáticamente incorrecto, pero sí inhabilitual en estas coordenadas, pues la insistencia en la idea de peligro referida a una determinada conducta a lo que tiende es a crear estructuras típicas de peligro, y no de lesión y resultado materiales¹⁸.

No obstante SCHUBARTH estima que estos tipos en realidad no contradicen el principio de culpabilidad, pues reflejan un contenido de lo injusto adicional. A lo que atentan, sin embargo, es al principio de igualdad jurídica, ya que valoran el peligro en forma distinta de como se hace habitualmente en otros lugares del Código, además de ser incoherentes al incluir el peligro en una misma conducta unas veces sí y otras no. Si se desean evitar tales críticas, el peligro debiera valorarse siempre en el tipo básico, aun en los supuestos en que este no está calificado por un resultado más grave. Pero, si así se hace, entonces está de más un tipo específico calificado por el resultado, pues ya no habrá un contenido de lo injusto adicional al que resulte de agregar a lo injusto del tipo básico doloso *así concebido* lo injusto del delito culposo de resultado¹⁹.

LORENZEN llega también a esta conclusión. Este autor niega de modo general la existencia de un contenido de lo injusto peculiar de los delitos calificados por el resultado, dado que el tipo básico doloso de los delitos calificados por el resultado, y la pena a él correspondiente, ya tienen en cuenta el peligro para el resultado más grave aun en los casos en que, al no producirse este resultado más grave, no se aplica el delito calificado sino simplemente el tipo básico²⁰.

¹⁶ Y no se diga, como hace SCHUBARTH (ob. cit., pág. 768, nota 62), que esta actitud es equiparable a la de no penar si no hay resultado, adoptada en los delitos culposos, pues, entre otras razones, en los supuestos que ahora estamos viendo la conducta básica inicial se pena de todas formas, también si no se produce el resultado más grave, y se ha de hacer por tanto, antes de determinar la pena en el Código, entre otras tareas, una valoración del contenido de lo injusto que tal conducta posee.

¹⁷ Así SCHUBARTH, ob. cit., págs. 767, 768 y 769.

¹⁸ SCHUBARTH (ob. cit., págs. 768 y 769) aun añadiría que peligros dolosos para, por ejemplo, la vida, se presuponen en numerosas muertes culposas, sin que se creen tipos calificados. Se suelen tener en cuenta en la medición de la pena, a no ser que exista un tipo de peligro específico.

¹⁹ SCHUBARTH, ob. cit., págs. 767-771.

²⁰ LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtliche Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, 1981, págs. 38-44, 66, 70, 78, 85, 106 y ss.

Su argumentación no es aceptable: por un lado, el fenómeno por él descrito solo lo prueba respecto a algunos de los delitos calificados por el resultado del derecho alemán, contentándose con presumirlo en los restantes; en la regulación española, por lo demás, tales estructuras típicas son raras. Además, de entre los tipos que considera que aluden explícitamente a tal peligro hay que excluir a aquellos que son puros delitos de peligro abstracto, pues en ellos el peligro no es más que la *ratio legis*.

4. Aun exigiendo la supresión de los delitos calificados por el resultado estos autores conceden más de lo que debieran a los partidarios de estos tipos, cuando aceptan que exista un contenido de lo injusto adicional, por tipificar (SCHUBARTH) o ya tipificado (LORENZEN), al del propio del tipo básico doloso y del tipo culposo de resultado más grave. El mismo SCHUBARTH, con quien en lo demás coincide, nos da algunas claves para rechazar las concesiones precedentes²¹.

a) Aceptemos la hipótesis de que en el tipo básico doloso va insito un peligro de cara al resultado más grave, y, por el momento, pensemos que se trata de un peligro concreto.

Si nos centramos en las repercusiones que ello tiene en el tipo objetivo, observamos cómo HIRSCH con razón ha dicho que en todo delito culposo se contiene ya un cierto riesgo²². Efectivamente, continuo yo, el derivado del juicio de previsibilidad objetiva que, vinculado al de causalidad adecuada, considera que el resultado *no es improbable*. Sin embargo, con ello todavía no estamos ante un peligro, concepto en el que ya se habla en términos de *probabilidad*, y menos aún ante un peligro concreto²³. Por consiguiente, puede decirse que una situación de peligro, y con más motivo si es de peligro concreto, consume, o abarca dentro de sí, en cuanto que la sobrepasa, a una situación de mera previsibilidad objetiva. Esto, en relación con el tema que a nosotros nos interesa, implica que si en el tipo básico doloso exigimos la presencia de una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, al tener que exigir a continuación —para configurar la conducta culposa—,

²¹ Véase nota 16. Asimismo señala que si, pese a todo, se quisiera seguir manteniendo los delitos calificados por el resultado exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave, dado que el peligro doloso ya se valora en algunas muertes culposas insertas en marcos penales normales, se habrá de exigir en el tipo básico un peligro especial. Por otra parte estima que el peligro al que aluden los defensores de los delitos calificados por el resultado ha de ser doloso, señalando que si cupiera el culposo se atacaría el principio de culpabilidad, pues lo injusto del peligro culposo ya se contiene en lo injusto de la causación culposa de resultado, por lo que el delito de peligro vendría a estar en concurso de leyes con el delito de resultado culposo (SCHUBARTH, ob. cit., págs. 777, 768, nota 63).

²² HIRSCH, ob. cit., pág. 71. De modo semejante GEILEN, ob. cit., pág. 657.

²³ Véase a CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, I. "Introducción y teoría jurídica del delito", Madrid, 1981, págs. 350-354, 397-402.

ULSENHEIMER, (ob. cit., pág. 268) ha recordado que "la previsibilidad objetiva del resultado producido" y la "realización del peligro ligado específicamente al delito base" no son conceptos intercambiables. De la misma opinión parecen ser LORENZEN (ob. cit., págs. 51 y 52) y WOLTER (ob. cit., pág. 177).

Desde luego, cuando el peligro típico del delito base se concreta en el resultado más grave siempre este resultado ha sido objetivamente previsible, pero no vale la inversa; es decir, la afirmación de la previsibilidad objetiva del resultado no implica al mismo tiempo la comprobación positiva del peligro específico. La confusión entre ambos conceptos es, sin embargo, frecuente, como veremos, y acarrea transcendentales consecuencias en el ámbito de nuestro estudio.

la previsibilidad objetiva respecto a ese mismo resultado más grave, apreciamos un mismo elemento del tipo objetivo dos veces en relación con un mismo delito, o, dicho de otro modo, valoramos unas mismas circunstancias objetivas dos veces para configurar el injusto de una conducta, por más que un juicio, aunque en la misma dirección que el otro, sea más estricto. Ello, obviamente, es inaceptable.

Algo similar ocurre si atendemos al tipo subjetivo: si la situación de peligro, como dice estos autores, está inserta en el tipo base, en concreto en su resultado, deberá abarcarse por el dolo del autor, al igual que el resultado material del tipo básico; es decir, el tipo básico doloso contiene un dolo respecto al resultado material, y un dolo de peligro respecto al resultado más grave. Ahora bien, si en los supuestos de dolo de peligro se ha de entender que el autor conoce y quiere el peligro de lesión del bien jurídico (su probabilidad), en la culpa consciente de lesión se entiende que el autor conoce la posibilidad de que se produzca la lesión, pero confía en que no sea así, y en la culpa consciente de peligro se entiende que el autor considera posible que se produzca el peligro pero confía en que no sea así²⁴, parece claro, no solo, como dice SCHUBARTH²⁵, que lo injusto de la culpa consciente de peligro se contiene en la culpa consciente de lesión, sino que, refiriéndonos ahora a la culpa de lesión y al dolo de peligro, y dejando al margen el determinar cuál de los dos desvalores de acción es mayor, y si siempre uno está contenido completamente en el otro, en todo caso, si en un tipo se valora por un lado un dolo de peligro respecto a un resultado más grave, y por otro, *adicionalmente*, una culpa, consciente o no, *respecto a ese mismo resultado más grave*, se está *repetiendo* sobre una única conducta causante de un solo resultado más grave el juicio desvalorativo de acción, actitud manifiestamente impropcedente.

Dicho de otro modo, y sin pararnos a considerar por ahora la necesaria apreciación del dolo respecto al resultado material del tipo básico: en los supuestos en que pretendidamente estamos ante un tipo básico doloso con dolo de peligro respecto al resultado más grave, y un delito culposo respecto a ese mismo resultado, no estamos más que ante una situación de concurso de leyes²⁶.

²⁴ JESCHECK, ob. cit., págs. 236, 460 y F. C. SCHROEDER, ob. cit., 9 Auflage, § 59, págs. 54 y 55. Quizás, siguiendo a ENGISCH y CEREZO, sería más correcto entender el juicio de previsibilidad objetiva de la imprudencia no como "posibilidad", sino como "no improbabilidad", de producción del resultado. Véase a ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pág. 46; y a CEREZO MIR, *Curso...*, ed. cit., págs. 352, 400.

La confusión entre culpa consciente de lesión y dolo de peligro, equiparándolos, está muy extendida entre los autores que polemizan sobre los delitos calificados por el resultado. Al margen de KAUFMANN y STRATENWERTH, que veremos más adelante, MEZGER, "Leipziger Kommentar", ed. cit., pág. 428 b-428 c; BACKMANN, "Gefahr als besondere Folge der Tat i. S. der erfolgsqualifizierten Delikte?", *MDR* 1976, págs. 974 y 975; GEILEN, ob. cit., pág. 680; OEHLER, "Das erfolgsqualifizierte Delikte als Gafahrungsdelikt", *ZStW*, 1957, págs. 517 y 518; KUPPER (ob. cit., pág. 40) entre otros. LORENZEN (ob. cit., págs. 45-48) identifica dolo de peligro y dolo de lesión.

²⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 768, nota 63.

²⁶ No de otra forma procede el Código Penal español en los delitos contra la seguridad del tráfico respecto a la relación entre peligro concreto y lesión efectiva del bien jurídico. Véase arts. 340 bis a p. 1 núm. 2 y p. 3.

El art. 340 bis a p. 1 núm. 2 castiga al que conduzca un vehículo de motor temerariamente y ponga en concreto peligro la vida, integridad corporal o bienes de las personas, mientras que el p.

La pretensión de poner de manifiesto un contenido de lo injusto adicional al del delito doloso y culposo está viciada en la medida en que pretende apoyarse en una injustificada *doble* consideración del desvalor de acción de una única conducta causante de un solo resultado más grave²⁷.

En la doctrina alemana se han registrado ya algunas insinuaciones en línea con el razonamiento acabado de exponer, pero sin profundizar lo suficiente como para captar que esa ilícita *doble valoración* termina privando del argumento decisivo a los partidarios de los delitos calificados por un resultado más grave culposo²⁸.

3 señala que, si además del peligro concreto, resulta lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, se apreciará tan solo la infracción más gravemente penada.

²⁷ En el marco de la problemática alemana, la forma en que algunos autores partidarios de los delitos calificados por el resultado con exigencia de imprudencia tratan el hecho de que el Código Penal alemán exija en algunos delitos calificados imprudencia temeraria respecto al resultado más grave, es muy aleccionador de lo que sostengo. HIRSCH (ob. cit., págs. 73 y 74) considera que la imprudencia temeraria se justifica si los supuestos de imprudencia no temeraria se cubren perfectamente en el tipo básico y en su marco penal; en tal caso, penar solo por imprudencia sería responsabilidad por el resultado; aunque ello es difícil de probar, si a un tipo básico está ligado normalmente un riesgo muy claro de producción de una consecuencia más grave, de forma que tal riesgo solo con la realización del tipo básico ya es previsible por el autor, pudiéndose considerar que se incluye en el marco penal básico, entonces, en la calificación, procede temeridad; si el tipo básico no abarca ese riesgo muy claro, y el marco penal es, por ello, inferior, procede penar toda imprudencia. De modo semejante SCHROEDER (ob. cit., 10, Auflage, pág. 134) y KÜPPER (ob. cit., pág. 31).

En mi opinión, el que estos autores admitan que hay supuestos en que la imprudencia simple se integra en el delito base doloso, y precisamente en función de si existe un riesgo muy claro de producción de una consecuencia más grave, riesgo que es el mismo sobre el que han construido el dolo de peligro, muestra claramente, y *ahora incluso en el mismo tipo básico doloso*, cómo se está vinculando el juicio desvalorativo de acción de la imprudencia y del dolo de peligro a una misma situación objetiva. *Es más*, estos autores integran la imprudencia simple en el concepto de dolo de peligro, pues solo así se explica que digan que si en tales casos no se exige imprudencia temeraria para la calificación estaremos ante una responsabilidad por el resultado. Si pensarán, cosa que no hacen, que la imprudencia simple no se integra en el dolo de peligro, o, si se quieren que su juicio desvalorativo versa sobre un comportamiento distinto de aquel al que va referido el juicio desvalorativo del dolo de peligro, cuando para la calificación se exigiera imprudencia temeraria, y en el caso concreto solo se diera simple, no apreciarían solo el tipo básico doloso, sino este en concurso ideal de delitos con el tipo culposo normal.

Por otro lado, no se comprende cómo pueden afirmar que bastará con exigir imprudencia simple en la calificación cuando el riesgo en el tipo básico no sea muy grande, pues olvidan que en el tipo básico han alojado a un peligro doloso en todo caso, y este presupone una situación de riesgo muy pronunciada, la propia del peligro concreto, desde luego mucho más marcada que la que exige la imprudencia, no solo la simple, sino también la temeraria.

²⁸ TENCKHOFF ("Die leichfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen", *ZStW*, 1976, págs. 910 y 911), partiendo de problemas de medición de pena, en donde señala que uno de los principios fundamentales de tal medición es la prohibición de la doble valoración de los elementos típicos, dado que ya fueron tenidos en cuenta por el legislador en el establecimiento del marco penal, y que tal prohibición no se limita a los elementos típicos en sentido estricto, sino que vale también para las ideas básicas político-criminales de cada precepto, da un paso más y pone de relieve que también la elección de un marco penal especial, y no solo la medición de pena, se ve afectada por tal prohibición. Eso significa que en los delitos calificados aquellas circunstancias que llevan a la formación del marco penal de los tipos básicos no pueden otra vez ser utilizadas para la constatación de los presupuestos de la calificación. El autor critica con ello la tesis de MAIWALD ("Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte", *GA*, 1974, págs. 267-270), según la cual en los delitos calificados por el resultado la imprudencia temeraria ya está contenida en la realización dolosa del tipo básico. También ARZT ("Leichtfertigkeit und recklessness", en *Gedächtnisschrift für H. Schroeder*, 1978, págs. 121-123)

b) ¿Y qué decir si estos autores consideran que ese peligro respecto al resultado más grave es un peligro abstracto?

En primer lugar, cabe decir que es criticable que la mayor parte de estos autores no se preocupen de precisar si aluden a un peligro abstracto o concreto, dada la trascendencia que ello posee. De todas formas, un buen número de indicios apunta a que piensan en un peligro concreto.

Con todo, hay autores que optan claramente por un peligro abstracto. Entre ellos destaca KÜPPER, quien considera a los delitos calificados por el resultado como una combinación entre un delito de peligro abstracto y un delito culposo de resultado: el delito de peligro abstracto abarca ciertas conductas, generalmente peligrosas, y prescinde de la producción del resultado lesivo. Por el contrario, el delito culposo de resultado se basa en el resultado (objetivamente previsible), cuya producción puede deberse a conductas muy diversas. Los delitos calificados por el resultado constituirían una combinación peculiar de estas dos manifestaciones. De ello se deriva que no cabe exigir un dolo de peligro concreto pues en los delitos de peligro abstracto el dolo precisa referirse solo a los elementos objetivos del tipo²⁹.

Ahora bien, si partiéramos de un peligro abstracto, difícilmente podría hablarse, como quieren estos autores, de un contenido de lo injusto adicional, pues sabido es que el peligro abstracto no es un elemento de lo injusto, sino únicamente la *ratio legis*. En tal sentido, como reconoce KÜPPER, el dolo del delito base no abarcaría al peligro abstracto. Con ello desaparece el asidero sobre el cual construyen estos autores su tesis del contenido de lo injusto adicional, ya que ella tiene su punto de partida en la pretendida comprobación de que en el tipo básico doloso existe un dolo respecto al resultado material y un dolo de peligro respecto al resultado más grave.

afirma que de la realización dolosa del tipo básico se deduce no solo la imprudencia sino también la imprudencia temeraria respecto a la realización de la calificación, alegando que una *repetición* del riesgo ya inserto en el tipo básico, a través del peligro imprudente, no aclara nada la razón de la calificación. KÜPPER (ob. cit., pág. 31), sin compartir los razonamientos anteriores, estima acertadamente que lo consecuente en sus sustentadores sería considerar al § 18 como superfluo. Finalmente, ya hemos visto cómo LORENZEN (ob. cit., págs. 49-52, 85, 38-44, 66, 70, 78) equipara el juicio de previsibilidad objetiva al de peligrosidad de la acción, pero de ello solo deduce lo superfluo de preguntarse, tras la constatación de la peligrosidad de la acción, por la previsibilidad objetiva; el único momento en que ayude a una doble valoración es en el marco de un mayor merecimiento de pena de los delitos calificados por el resultado en razón de su frecuente comisión, esto es, en un contexto desligado, como él insiste (págs. 76 y 77), del análisis del injusto culpable, y de su posible doble consideración; en todo caso, eso es coherente con la postura de LORENZEN, que, como vimos, admite en los delitos calificados un desvalor de lo injusto adicional, si bien considera que ya es tenido en cuenta en el tipo básico y su marco penal, incluso cuando no se produce el resultado más grave.

²⁹ KÜPPER, ob. cit., págs. 41, 42. También GEILEN (ob. cit., págs. 676-682), quien exige que la realización del peligro provenga inmediatamente del delito base, parece partir en la constatación de la inmediatez de un peligro abstracto y no concreto. Podemos en este trabajo renunciar a un análisis más detallado del criterio de la inmediatez, dado que a tenor del punto de vista por nosotros sustentado es irrelevante si con él se quiere aludir a un peligro abstracto o concreto. GÖSSEL ("Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikte nach 18 StGB", en *Festschrift für Lange*, 1976, pág. 231) alude asimismo a un peligro abstracto en el delito base, pero en un contexto distorsionado por su consideración de los delitos calificados como delitos culposos, a lo que enseguida aludiremos.

Incluso si se aceptara la propuesta de ESCRIVA-GREGORI, de concebir los delitos de peligro abstracto de tal forma que se exigiera la peligrosidad de la acción en el momento de su realización³⁰, no podría mantenerse la tesis del contenido de lo injusto adicional, si bien ahora con argumentos similares a los utilizados en el supuesto de que se exija peligro concreto, ya vistos³¹.

c) Las argumentaciones precedentes no se modifican sustancialmente si acudimos a autores que, como OEHLER, consideran que la inobservancia del cuidado objetivamente debido pertenece a la culpabilidad y no al injusto de los delitos culposos³². También él considera que en el tipo básico va inserto un peligro respecto al resultado más grave, peligro que se deriva de las peculiaridades del tipo básico, estando ligado de modo especial a la índole de la acción típica, de modo que puede hablarse de que se da una tendencia objetiva al resultado en el tipo básico, que forma parte de su injusto. A su vez, respecto al injusto culposo, dirá que, dado que se incluye el resultado concreto en los límites de la tendencia objetiva al resultado se da la relación causal y con ello el injusto concreto de la acción culposa.

Ahora bien, las afirmaciones precedentes son merecedoras plenamente de la primera de las críticas formuladas; también aquí estamos ante una doble valoración de unas mismas circunstancias objetivas para configurar el injusto de una conducta. Pero es que también la segunda de las críticas expuestas sigue manteniendo, *mutatis mutandi*, su valor.

Efectivamente, OEHLER considera que en el hecho doloso de los delitos calificados por el resultado, inserto en el dolo referido propiamente al tipo básico, se encuentra al mismo tiempo un dolo de peligro, o un desconocimiento contrario al deber del especial peligro típico, referido al resultado más grave. Ahora bien, al margen, en el delito culposo nos encontramos con la inobservancia del cuidado objetiva y subjetivamente debido. Naturalmente estas afirmaciones las refiere OEHLER a la culpabilidad y no a lo injusto.

En mi opinión el razonamiento precedente es merecedor de la segunda de las críticas formuladas, si bien teniendo presente que ya no se trata de que se formule, sobre una misma conducta, el juicio desvalorativo de acción dos veces, sino de que se le *reprocha* al autor una misma conducta dos veces. Así, pues, tampoco OEHLER consigue convencer en su pretensión de considerar que en los delitos calificados por el resultado no puede hablarse de una mera adición de un delito doloso y otro culposo en la medida que existe un plus en lo injusto y en la culpabilidad.

³⁰ ESCRIVA-GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Bosch, 1976, págs. 72, 115-118; CEREZO MIR, *Curso...*, ed. cit., págs. 398, 401-402. GEILEN parece compartir esta opinión. (Nota 28, ob. cit.).

De hecho, parte ESCRIVA del concepto elaborado por H. SCHRÖDER, y corriente en Alemania de peligro abstracto-concreto. Véase a SCHRÖDER, "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?", *JZ*, 1967, págs. 522 y ss.

³¹ Efectivamente, volvería a darse el doble juicio desvalorativo de acción, ahora entre el dolo de peligro abstracto y la imprudencia.

³² El razonamiento de OEHLER se encuentra en su trabajo "Das erfolgsqualifizierte Delikt als...", ob. cit., págs. 512-518. Se adhieren a sus posturas MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, 1967, pág. 18; STREE, "Zur Auslegung des §§ 224, 226 StGB", *GA*, 1960, pág. 292, entre otros. Postura sustancialmente idéntica en MEZGER, ob. cit., págs. 428 b-428 c.

5. A la luz de todas las reflexiones precedentes, pienso que adquieren su auténtico significado afirmaciones como la de LANGE³³, quien señala que la exigencia de imprudencia no supone más que un "compromiso" frente al principio de culpabilidad, pero no una auténtica instauración de este, como la de JAKOBS cuando advierte del peligro de estar ante un *versari* más o menos subjetivizado, pero *versari*³⁴.

En efecto, los autores estudiados, como señala SCHUBARTH³⁵, parece que han partido de la idea de que si las calificaciones por el resultado más grave han durado tanto tiempo por algo será, debiéndose proceder únicamente a buscar argumentos nuevos que sustituyan a los antiguos, ya no convincentes. En esa búsqueda de argumentos han arrinconado a los tradicionales, basados en consideraciones de prevención general y que asumían la quiebra del principio de culpabilidad³⁶, y, presionados por el cada vez mayor prestigio de este principio, han confiado en respetarlo y en salvar simultáneamente la existencia de estos tipos hablando de la presencia de un contenido de lo injusto adicional que, en resumidas cuentas, no es tal sino la mera traslación del *versari* a la teoría de lo injusto.

Porque, realmente, lo que pesa en toda la construcción analizada sigue siendo el "arranque inicial ilícito", o, dicho de otro modo, que la acción inicial ya constituye un ilícito penal, un tipo doloso. Bien patente lo deja ver HIRSCH³⁷ cuando afirma: "Desde luego, todo delito culposo presenta ya en la acción un cierto grado de riesgo, lo que ocurre es que en los delitos calificados la acción peligrosa *ya constituye por sí sola un tipo doloso*, con un resultado, el del tipo básico, que posee una tendencia característica hacia la consecuencia más grave". A la luz de las consideraciones precedentes sobre la relación entre dolo de peligro y culpa de lesión, esta frase muestra el auténtico argumento que subyace en la postura de exigir imprudencia: se impone una pena superior a la que resultaría de añadir a la del delito doloso la del delito culposo, porque la acción no observadora del cuidado objetivamente debido ya es, por sí misma, antes de realizar sobre ella el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido, ilícito penal.

³³ LANGE, ob. cit., pág. 255.

³⁴ JAKOBS, ob. cit., págs. 37 y 38.

³⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 770.

³⁶ Es significativo a este respecto el segundo plano, por no decir desaparición, en que han quedado las antes habituales reflexiones sobre los efectos preventivo-generales de los delitos calificados por el resultado, en la moderna doctrina alemana que exige al menos culpa respecto al resultado más grave. Ello es un indicio de que tal doctrina se siente convencida de haber logrado compatibilizar tales tipos con el principio de culpabilidad, de forma que no es preciso acudir a argumentos de prevención general que intenten justificar la violación de tal principio. Baste como prueba de ello MÜLLER-DIETZ, ob. cit., págs. 14 y 15.

Sintomático es también que sea dentro del marco de posturas abolicionistas, desde donde se pide la supresión, sin más, de los delitos calificados por el resultado, y donde se ha planteado, tras la instauración de la exigencia de culpa, la virtualidad de los argumentos basados en la prevención general. Véase a JESCHECK, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 247; a MEZOER, ebenda, pág. 255; y recientemente, de modo muy convincente, LORENZEN, ob. cit., págs. 86, 112-114. Naturalmente tales argumentos siguen vigentes entre los que preconizan el mantenimiento de los delitos calificados por el resultado en su forma original.

³⁷ HIRSCH, ob. cit., pág. 71.

Puesto que tal ilicitud penal previa ya se pena por su parte, su apreciación para configurar la pena del delito culposo de resultado, dando lugar a una pena superior a la suma de las del delito doloso y culposo normales, no es otra cosa que responsabilidad por el resultado.

6. Algunos autores, opuestos al mantenimiento de estos tipos calificados aun exigiendo imprudencia, en lugar de centrarse en la cuestión decisiva, la de si realmente existe un contenido de lo injusto adicional, ponen especial énfasis en quitar relevancia práctica a la exigencia de imprudencia. JESCHECK, en especial, sostiene, que la realización del tipo básico doloso implica ya la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto a la consecuencia más grave, de forma que la exigencia de imprudencia queda reducida a la previsibilidad subjetiva de tal resultado más grave³⁸. Y estima este autor que, dada la precedente situación y para acercar más estos tipos al principio de culpabilidad, se han adoptado dos clases de medidas, a saber: exigir cada vez en mayor número de tipos imprudencia temeraria, y restringir la imputación objetiva del resultado exigiendo que éste sea consecuencia *inmediata* del delito base³⁹.

En mi opinión, afirmaciones como las anteriores han de entenderse como una mera expresión de una regla de experiencia general que no exige de probar la falta de observancia del cuidado objetivamente debido en el caso concreto⁴⁰, en coherencia con conocidas exigencias dogmáticas. La rápida réplica de HIRSCH y RUDOLPHI⁴¹ señalando que es preciso probar la inobservancia del cuidado objetivamente debido en cada caso es, en mi opinión, en buena medida superflua.

Sin embargo la formulación reiterada de esa regla de experiencia general no supone, en contra de lo que piensan quienes la exponen, un menoscabo de las posturas que quieren mantener los delitos calificados exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave, sino más bien lo contrario. Efectivamente, esa afirmación va en la línea, aunque no llega hasta allí, de reconocer que en el tipo básico doloso va inserto siempre un peligro respecto al resultado más grave. Es más, en el fondo resulta contradictorio que HIRSCH y RUDOLPHI se hayan apresurado a minimizar la regla de experiencia general que vincula al tipo básico doloso la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto al resultado más grave, pues si ellos estiman⁴² que en el tipo básico doloso se da una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, eso ya contiene dentro de sí el juicio de previsibilidad

³⁸ De diversas afirmaciones de JESCHECK se saca la conclusión de que, si bien a veces, cuando afirma que todo queda reducido a la previsibilidad del resultado, alude a la previsibilidad subjetiva, en otros supuestos parece aludir también a la objetiva. Véase *Lehrbuch...*, ed. cit., págs. 209-210, 463-464, 232, 234 y *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 249-250.

Aluden igualmente a la reducción práctica de la exigencia de imprudencia a la previsibilidad subjetiva, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 3, Auflage, Berlin, pág. 297; MAURACH-ZIPP, ob. cit., pág. 495, mencionando una sentencia del Bundesgerichtshof en tal sentido.

³⁹ JESCHECK, *Lehrbuch...*, ed. cit., págs. 210, 234, 467.

⁴⁰ WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Ariel, 1964, págs. 72 y 73.

⁴¹ HIRSCH, ob. cit., pág. 73, nota 44 a; RUDOLPHI, ob. cit., pág. 155; MEISENBERG, *NJW*, 1972, pág. 694.

⁴² Y exigen. De ahí que la referencia al caso concreto sigue siendo válida.

objetiva e implica, por tanto, la conformación de una buena parte de los elementos que presuponen el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido. Incluso podría llegarse a aceptar que con tal situación ya se sobrepasa, dado que estamos en una acción básica por sí ya delictiva, el riesgo permitido⁴³.

Es decir, y aunque pudiera parecer lo contrario, la insistencia en que el tipo básico doloso implica ya la inobservancia del cuidado objetivamente debido, supone una aproximación a las tesis que consideran justificable la existencia de los delitos calificados por un resultado culposo con penas que responden a la presencia de un contenido de lo injusto adicional a los de los delitos doloso y culposo normales concurrentes.

II

LA SUPRESIÓN DE LA CALIFICACIÓN POR EL RESULTADO MÁS GRAVE CULPOSO, Y LA REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

1. Un importante sector doctrinal alemán no duda en afirmar que la vigencia del principio de culpabilidad solo puede asegurarse suprimiendo totalmente los delitos calificados por el resultado⁴⁴. Postura que, a la luz de los razonamientos expresados antes, comparto.

Con ello no se ha acabado la discusión, sin embargo. Hay que comprobar, por un lado, si todos los autores entienden por supresión de los delitos calificados

⁴³ Y ya no digamos si, como han afirmado estos autores, al tratar del problema de la imprudencia temeraria, se considera que la culpa de lesión está contenida plenamente en el dolo de peligro.

No podemos dejar de mencionar en este contexto las posturas de GÖSSEL (ob. cit., págs. 232-239) y SEEBALD (*Teilnahme am erfolgsqualifizierten...*, ob. cit., págs. 166 y 167), que consideran a la totalidad del delito calificado por el resultado como un delito culposo, de forma que la realización dolosa del tipo base no sería más que la inobservancia del cuidado objetivamente debido, solo que tipificada y constitutiva del desvalor de acción del delito culposo, siendo la consecuencia más grave el resultado de lesión o de peligro constitutivo del desvalor de resultado.

Estas posturas, sin duda rechazables desde distintos puntos de vista, llevan sin embargo a sus últimas consecuencias la idea de que con el tipo básico doloso se da normalmente la inobservancia del cuidado objetivamente debido, hasta el punto de que, de un modo sin duda dogmáticamente incorrecto, consideran que no es necesario atender a las circunstancias del caso concreto, y que basta con las reglas generales de experiencia concretadas en un tipo. Véase también una postura crítica en HANLE, *Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten*, tesis doctoral, 1970, págs. 46-50 y LORENZEN, ob. cit., págs. 57-65.

⁴⁴ *Alternativentwurf...*, Besonderer Teil, "Straftaten gegen die Person", ed. cit., 1970, pág. 45; STRATENWERTH, "Tendencia y posibilidades de una reforma del derecho penal", en *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pág. 46; SCHUBARTH, ob. cit., págs. 762-763; JESCHECK, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 248; NOLL, "Diskussionsvotum an der Strafrechtlehrtagung vom 21-23 Mai 1964 in Hamburg", *ZStW*, 1964, pág. 711; SCHNEIDER, "Par. 56 StGB und die Strafrechtsreform", *JR*, 1955, pág. 415; LORENZEN, ob. cit., págs. 88, 164-165, 169; entre otros.

En España, dada la situación descrita al inicio de este trabajo, son escasos los pronunciamientos a este respecto. Con todo, cabe mencionar a QUINTERO OLIVARES (*La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, págs. 34-35), quien, aunque aboga por la supresión total de los delitos calificados por el resultado, hace alguna excepción por razones de prevención general.

lo mismo, y por otro lado, cuáles debieran ser los modos de proceder jurídico-penalmente ante las conductas que ahora se incluyen en las calificaciones por el resultado más grave.

2. Respecto a lo primero, hay que tener bien presente el concepto de delito calificado por el resultado del que parte el Proyecto Alternativo alemán, y que también defienden KAUFMANN y STRATENWERTH. Según el Proyecto Alternativo, estaremos ante delitos calificados por el resultado si la calificación se aprecia cuando se da respecto a ella caso fortuito-culpa inconsciente, pero no en los supuestos en que se aprecia con culpa consciente. En ese sentido KAUFMANN dice que en el antiguo § 56 alemán se puede hablar de delitos calificados por el resultado solo en la medida en que se abarca la culpa inconsciente⁴⁵.

Este autor considera que la completa realización del principio de culpabilidad se logra solo si, además del dolo referido al tipo básico, se exige la conciencia de la causalidad adecuada en relación con la consecuencia más grave; esto es, conciencia de que la conducta es apta para producir resultados cuestionables. Así, pues, se exige un doble dolo, según él: dolo de lesión respecto al primer resultado, y dolo de peligro respecto al segundo, o, lo que es lo mismo, dolo para el delito base, y culpa consciente respecto al resultado más grave⁴⁶.

A su vez STRATENWERTH considera que la culpa consciente de lesión respecto al resultado más grave se abarca en el dolo de peligro, de forma que el agresor consciente de la creación de un peligro de un delito de lesiones graves merece mayor pena. Los delitos calificados, dice, son solo los de presunción de dolo, y tal presunción se da si al autor que produce un resultado más grave culposamente en el sentido del § 56 (por tanto eventualmente *dolo* con culpa inconsciente) se le pone más alta por suponer que ha actuado con auténtico dolo⁴⁷.

Con tales planteamientos, ambos autores pasan a defender un tipo propuesto en el Proyecto Alternativo, en el que, según su propio texto, existiendo un dolo de maltrato o lesión, se produce un resultado de lesión grave con dolo eventual o culpa consciente respecto a él. Este tipo, expresa el Proyecto, es un delito de resultado cometido con dolo de peligro y se distingue del delito de resultado cometido con dolo directo; en ambos casos el dolo directo y el dolo de peligro van referidos al resultado de lesiones graves. No basta con la producción de un mero riesgo⁴⁸.

KAUFMANN y STRATENWERTH coinciden en que el tipo de que se trata (§ 110 Abs. 2 del Proyecto Alternativo), no es un delito calificado porque no abarca la culpa inconsciente. Se trata, dice STRATENWERTH, de un tipo que exige una lesión dolosa del tipo base y una culpabilidad menor, es decir, dolo de peligro, o lo que es lo mismo, dolo eventual o culpa consciente, respecto a la consecuencia más

⁴⁵ *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, Besonderer Teil, ed. cit., pág. 49; KAUFMANN, ob. cit., págs. 244 y 245.

⁴⁶ KAUFMANN, ob. cit., págs. 240-245; *del mismo* en la Strafrechtlehrtagung de Regensburg en 1970 (véase MEYER, "Tagungsbericht, Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtlehrtagung 1970 in Regensburg", *ZStW*, 1971, pág. 276).

⁴⁷ STRATENWERTH en MEYER, ob. cit., págs. 275 y 276.

⁴⁸ *Alternativentwurf...*, Besonderer Teil, ed. cit., págs. 48 y 49.

grave, si bien KAUFMANN dirá que en realidad el dolo eventual no es dolo de peligro sino dolo de lesión, de forma que el auténtico dolo de peligro coincide con la culpa consciente⁴⁹.

Discrepo de la pretensión de dejar reducidos los delitos calificados por el resultado a aquellos en que basta el caso fortuito o la culpa inconsciente, refiriéndose la petición de supresión solo a estos supuestos.

Ante todo, como señala HIRSCH, se parte de un concepto de delito calificado por el resultado distinto al absolutamente mayoritario en la doctrina, con lo que la propuesta de supresión de tales tipos no es tal, al menos a tenor de los conceptos doctrinales habituales, sino una mera reducción de su ámbito⁵⁰. En segundo lugar, como también dirá HIRSCH, la pretensión de graduar la mayor o menor culpabilidad de los delitos imprudentes, de forma que en el primer caso está justificado mantener una regulación específica, en función de si la culpa es consciente o inconsciente, ignora que muchas veces es más grave la culpa inconsciente, ya que el autor ni siquiera se plantea la posibilidad del resultado más grave. El criterio de graduación ha de ser la temeridad, como hace el legislador en los delitos culposos normales⁵¹. Por otro lado, siguiendo de nuevo a HIRSCH, si estos autores fueran consecuentes deberían renunciar a la producción del resultado material más grave, y conformarse, dado el dolo de peligro, con la producción del resultado de peligro⁵².

No obstante, en mi opinión, al margen de los argumentos precedentes, sin duda muy dignos de consideración, hay otro que atiende directamente al núcleo del problema: tanto KAUFMANN y STRATENWERTH como el propio Proyecto Alternativo realizan una serie de equiparaciones que estimo dogmáticamente incorrectas. Así, no puede afirmarse, como hace KAUFMANN, que la conciencia de la causalidad adecuada sea lo mismo que la culpa consciente de lesión, pues parece claro que para llegar al juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido han de intervenir elementos normativos que se han de sumar al juicio de previsibilidad objetiva⁵³. De modo especial, no se puede equiparar (KAUFMANN) la culpa consciente de lesión al dolo de peligro, ni tampoco considerar incluida a aquella en este (STRATENWERTH y el Proyecto Alternativo). Es rechazable igualmente insertar en el concepto de dolo de peligro el concepto de dolo eventual, como hacen STRATENWERTH y el Proyecto Alternativo⁵⁴.

⁴⁹ KAUFMANN en MEYER, ob. cit., pág. 276; STRATENWERTH, ebenda, págs. 275 y 276.

⁵⁰ HIRSCH, ob. cit., pág. 70, nota 28; *del mismo* en MEYER, ob. cit., pág. 278; en la misma línea SIMSON, "Der Alternativentwurf zu den Straftaten gegen die Person", *JZ*, 1970, pág. 571.

⁵¹ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 73. Este autor piensa que, en la tesis que critica, los supuestos de culpa inconsciente quedan asumidos en el tipo básico doloso. Tal conclusión, condicionada por sus propias posturas ante los delitos calificados, no corresponde a la opinión de los autores criticados. En tales supuestos acuden al concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo imprudente de culpa inconsciente. Véase a STRATENWERTH en MEYER, ob. cit., pág. 276.

⁵² HIRSCH en MEYER, ob. cit., pág. 279. Si bien la exigencia de resultado material tiene "cierta" lógica si se incluye en el dolo de peligro la culpa consciente de lesión.

⁵³ WELZEL, ob. cit., pág. 32 y ss.

⁵⁴ Véanse las definiciones recogidas precedentemente en el epígrafe primero de este trabajo, 4 a), y la bibliografía allí citada.

Estas, en mi opinión, confusiones dogmáticas, de modo principal la segunda, son las que han promovido una actitud que ha creído posible excluir del concepto de delito calificado por el resultado a los supuestos de culpa consciente respecto al resultado más grave, pensando que en tales casos no se estaba ante una mera combinación de un delito doloso y otro culposo, sino ante una combinación dolo-dolo que justificaba una pena superior a la resultante de la combinación dolo-culpa⁵⁵. Sin embargo, dado que culpa consciente de lesión y dolo de peligro no se identifican, la imposición en los supuestos aludidos de una pena superior a la suma del delito doloso y culposo nos retrotrae a la responsabilidad por el resultado.

3. Vamos a analizar a continuación los dos modos de proceder jurídico-penalmente que se han propuesto respecto a las conductas ahora insertas en los delitos calificados por el resultado.

La actitud que con mucha diferencia ha tenido un mayor eco en la doctrina abolicionista es la que propugna acudir a un concurso ideal de delitos entre la conducta básica dolosa y la culposa referida al resultado más grave. Esta solución propuesta ya hace tiempo por RADBRUCH, entre otros, parece a estos autores que solo puede adoptarse si se abandona previamente el principio de la absorción como criterio determinante de la pena en el concurso ideal, principio que, actualmente, y desde hace tiempo, rige en el Código Penal alemán⁵⁶.

Según tal principio, formulado ahora en el § 52, la pena imponible se obtiene del marco penal del precepto con pena mayor, marco penal que se puede recorrer en toda su extensión con la única salvedad de que no se puede imponer una pena que quede por debajo del límite mínimo de los marcos penales del otro u otros preceptos aplicables.

Efectivamente, tal principio, que lleva a que el marco penal en el que se ha de aplicar la pena sea sustancialmente idéntico al del delito más grave concurrente, parece no ajustarse bien, según estos autores, a unas conductas que, si bien no poseen un contenido de lo injusto adicional al del delito doloso y culposo concurrentes, sí constituyen conductas merecedoras de mayor pena que la imponible al delito básico doloso por sí solo, no habiendo razones que justifiquen la imposición de una pena que no atienda a toda la medida de la culpabilidad.

Naturalmente, la circunstancia de que en Alemania toda propuesta de acudir al concurso ideal presuponga, de *lege ferenda*, la modificación de las reglas de este, es un importante lastre que los autores que no comparten la idea de suprimir los delitos calificados no dejan de resaltar, recordando que tampoco la nueva parte general del Código Penal alemán se ha decidido a prescindir del principio de

⁵⁵ No se olvide por otra parte que la mera combinación dolo-dolo no justifica sin más una pena superior a la resultante de penar los delitos dolosos por separado. Este problema no se ha de tratar ahora; véase a DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados...*, ed. cit.

⁵⁶ Son partidarios de esta solución, propugnando la modificación del principio que regula el concurso ideal en Alemania, *Alternativentwurf*, *Besonderer Teil*, ed. cit., pág. 45; MEZGER, *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 255-257; JESCHECK, ebenda, pág. 248; STRATENWERTH en MEYER, ob. cit., págs. 275 y 276; SCHUBARTH, ob. cit., págs. 763, 776; NOLL, ob. cit., pág. 711; SCHNEIDER, ob. cit., pág. 415; parcialmente también KOFFKA, *Niederschriften...*, págs. 244 y 245; entre otros.

absorción⁵⁷. Hecho incontestable que solo afirmaciones como las de SCHUBARTH tratan de encubrir, al hacer notar que si las reglas de resolución del concurso ideal dan lugar a resultados insatisfactorios lo que procede es cambiar tales reglas, pues es obvio que las críticas relativas a los inadecuados marcos penales resultantes de la aplicación del concurso ideal van contra las reglas del concurso ideal y no contra la supresión de los delitos calificados⁵⁸.

Se han sucedido por consiguiente las propuestas de formulación de nuevas reglas resolutorias del concurso ideal inspiradas en el principio de la exasperación, y que pretenden que el marco penal aplicable contenga un límite máximo superior al del marco penal del delito más grave⁵⁹. Estas propuestas, motivadas por el deseo de suprimir los delitos calificados por el resultado, han sido criticadas por significar una elevación de las penas en los supuestos normales de concurso ideal por razones ajenas a ellos mismos⁶⁰.

Obviamente que ahora no podemos ocuparnos de cuál sea, de modo general, el criterio resolutor del concurso ideal más adecuado. Tampoco atenderemos a las atinadas críticas formuladas por LORENZEN a la doctrina alemana que, diciendo que estamos simplemente ante un concurso ideal, se resiste a aplicar las reglas generales reguladoras de este a los delitos calificados por el resultado, en tanto que no objeta su aplicación a las restantes hipótesis de concurso ideal. Ni entraremos en polémica con el mismo autor cuando afirma que el problema de los delitos calificados por el resultado se puede solucionar en casi todos los casos satisfactoriamente de *lege lata* a partir del principio de absorción vigente en el derecho alemán para el concurso ideal⁶¹.

Creo más interesante hacer notar que este grave inconveniente con que tropiezan los partidarios de la supresión de los delitos calificados en Alemania, y parcialmente, en Suiza, no existe en España. Nuestro Código ha seguido de antiguo el principio de absorción en su variedad de elevación obligatoria de la pena, según el cual se impone la pena del delito más grave en su grado máximo⁶². Entre otras ventajas

⁵⁷ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 67 y 68; *del mismo*, "Hauptprobleme einer Reform der Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit", *ZStW*, 1971, págs. 160 y 161; SCHROEDER, ob. cit., 10 Auflage, pág. 134; MAURACH-ZIFF, ob. cit., pág. 496.

⁵⁸ SCHUBARTH, ob. cit., págs. 772-773, 776.

⁵⁹ El proyecto Alternativo alemán proponía, en el § 64, que este límite máximo fuera el resultante de añadir al límite máximo del marco penal del delito más grave, la mitad de este límite. Véase *Alternativentwurf...*, Allg. Teil, ed. cit., pág. 116. JESCHECK (*Niederschriften...*, Anhang núm. 59, ed. cit., pág. 163) y el Ministerio de Justicia Federal (*Niederschriften...*, Anhang núm. 63, ed. cit., pág. 191) propusieron en las deliberaciones del Proyecto 62 alemán que el límite máximo del marco penal del delito más grave pudiera duplicarse.

El Código Penal suizo (art. 68) asume el principio de la exasperación y admite elevar la pena hasta la mitad de la cifra máxima del marco penal del delito más grave.

⁶⁰ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 67 y 68.

⁶¹ LORENZEN, ob. cit., págs. 66-69, 73, 86-87, 166. Lo que no impide que él insinúe sus preferencias por el principio de la exasperación.

⁶² Véase el art. 71 del Código Penal español. En él se expresa que en el concurso ideal heterogéneo de delitos, que es el que aquí nos interesa, se aplicará la pena del delito más grave en su grado máximo. Hay que recordar que a tenor de los arts. 78, 79 y 63, la gran mayoría de las penas del Código son divisibles en tres grados, máximo, medio y mínimo, abarcando cada uno de ellos aproximadamente un tercio del intervalo total de la pena, y poseyendo sus respectivos límites inferior y superior. El

que enseguida veremos, esta solución logra evitar los inconvenientes del principio de absorción entendido en sentido estricto, relativos a la remisión, sin más matizaciones sustanciales, al completo marco penal del delito más grave, sin necesidad para ello, por otra parte, de acudir al principio de la exasperación.

JESCHECK ha sido quien se ha ocupado con más detenimiento, una vez presuelta la adopción del principio de exasperación, de analizar las consecuencias que la valoración de las conductas estudiadas a través del concurso ideal originaría en Alemania. Estima que en lo referente al límite máximo de los marcos penales resultantes se llega a soluciones satisfactorias: ciertos delitos graves pasarían a ser menos graves, lo que es correcto, pues los delitos calificados no pueden catalogarse entre las conductas más graves, dadas sus limitaciones respecto al dolo. En general el límite máximo sería menor que el exigido en los delitos calificados, aunque no siempre; en todo caso, los resultados coincidían con las conveniencias político-criminales, como lo demuestra el desuso por la jurisprudencia de ciertos niveles de pena. En dos supuestos habría problemas, dado que la calificación no es un delito independiente ni doloso ni culposo, o lo es solo doloso; JESCHECK pretende solucionar el problema sea afirmando que la pena del tipo doloso ya es suficientemente alta, sea acudiendo al recurso de los "casos especialmente graves".

Ahora bien, en lo que concierne a los límites mínimos, JESCHECK, ha de reconocer que la situación deja de ser satisfactoria, pues los marcos penales quedan muy reducidos respecto a los de los actuales delitos calificados, y a lo que es realmente procedente. En lo tocante a los supuestos político-criminalmente insostenibles, él propone acudir al recurso de los "casos especialmente graves", debiendo citar expresamente la ley, como ejemplo de tales, al "resultado culpable"; así, dice este autor, en estos casos el problema de los delitos calificados pasa a ser un asunto de medición de pena, teniendo el juez el suficiente arbitrio para abarcar las peculiaridades de los casos aislados⁶³. MEZGER, que también ve el problema, considera, aunque sin demasiada convicción, que se podría evitar elevando de modo general las penas mínimas de los tipos particularmente considerados⁶⁴. El problema, que también existe en Suiza dada la concreta formulación del principio de exasperación vista, intenta ser minimizado por SCHUBARTH⁶⁵, cuando señala que no se ha probado que los límites mínimos altos tengan efectos preventivos mayores que la punición en cuanto tal, y que tales límites mínimos altos a veces llevan a penas no deseadas, en vez de aliviar la medición de pena.

Las críticas a los resultados que implica el concurso ideal regido por la exasperación no se han hecho esperar, centrándose fundamentalmente en los bajos límites

art. 71 añade que si la pena del delito más grave en su grado máximo es superior a la suma de las penas que pudieran imponerse por separado, se impondrá esta suma de penas y no la pena del delito más grave en su grado máximo.

⁶³ JESCHECK, *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 246-248.

⁶⁴ MEZGER, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 255.

⁶⁵ SCHUBARTH, ob. cit., pág. 774.

mínimos a que da lugar, que se considera no reflejan adecuadamente ni el contenido de lo injusto y la culpabilidad, ni las exigencias político-criminales de estas conductas, ni siquiera desde el punto de vista de los partidarios de la supresión de los delitos calificados por el resultado, por lo que ha de acudir a diversos recursos adicionales para obviar tal inconveniente⁶⁶.

Tales recursos adicionales, evidentemente, no son convincentes. Como dice HIRSCH, la propuesta de elevar el límite mínimo del tipo básico doloso de modo general para así, llegado el caso, incluir satisfactoriamente los delitos calificados en él a través del concurso ideal por exasperación, supone elevar injustificadamente las penas de los supuestos leves del tipo básico doloso⁶⁷. Y el acudir a los "casos especialmente graves" ha recibido un aluvión de críticas, de las que no es la menor la de que con ello lo único que se logra es trasladar inalterada la problemática de los delitos calificados al ámbito de la medición de la pena, donde se volverán a plantear los mismos problemas que se quieren presumiblemente evitar con la supresión de estos tipos, con el inconveniente adicional de que la medición de la pena es un ámbito mucho más sensible a la responsabilidad por el resultado⁶⁸.

Efectivamente creo que el defecto de los límites mínimos de los marcos penales resultantes del concurso ideal resuelto por la exasperación es de gran entidad. No obstante es un defecto fácilmente resoluble sin salirse del concurso ideal, y aun del principio de la exasperación. Los autores alemanes abolicionistas han pasado por alto que tan importantes o más que los límites máximos, que eran los que a ellos fundamentalmente les preocupaban dado que criticaban el principio de absorción, son los límites mínimos, y que cabe formular reglas de concurso por exasperación que recorten por abajo el marco penal resultante, sin que ello deba generalizarse a los marcos penales de los tipos de que se trata cuando no estén en concurso.

⁶⁶ Así DREHER, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 252; MEZGER, ebenda, pág. 255; SCHAFHEUTLE, ebenda, pág. 259; BALDUS, ebenda, pág. 256; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, ed. cit., pág. 245.

HIRSCH, (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 68), como muestra de los resultados insostenibles a los que se llega, y queriendo contrarrestar los resultados de JESCHECK, más optimistas, aunque también los considera inadmisibles, afirma que si nos ajustamos a las reglas del concurso ideal por exasperación y a las penas propuestas en los delitos pertinentes, todo ello del Proyecto Alternativo, se observa que en ocasiones el límite máximo de la pena del Alternativo coincide con límite mínimo del delito calificado por el resultado del vigente Código Penal alemán; otras veces, y con cierta frecuencia, el límite mínimo son multas y penas privativas de libertad infimas, con el consiguiente daño al efecto preventivo de la pena y renuncia a orientar a la administración de justicia.

Sin negar la fundamentación de las críticas de HIRSCH, como en seguida veremos, no hay que olvidar que, en todo caso, el Proyecto Alternativo no quiere llegar a los mismos niveles penales que los actuales delitos calificados, precisamente porque niega que haya un injusto adicional a la suma del delito doloso y culposo (al menos con culpa inconsciente).

⁶⁷ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 69.

⁶⁸ Y más teniendo en cuenta que estos autores, al suprimir los delitos calificados suprimen al mismo tiempo el § 18 con su exigencia de imprudencia.

Véase a HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 68, 69, 75, 77; a SCHROEDER, ob. cit., pág. 134; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, ed. cit., pág. 245; a DREHER, ob. cit., págs. 252 y 253; a BALDUS, ebenda, pág. 256; a KÜPPER, ob. cit., págs. 36 y 37; y a LORENZEN, ob. cit., págs. 167 y 168.

Dado que la problemática de los "casos especialmente graves" está alejada de los planteamientos del Código Penal español, no voy a insistir en la abrumadora crítica que se ha hecho a esta pretendida corrección de los resultados del concurso ideal, crítica por lo demás convincente. Además, como ahora veremos, en España obviamos los problemas del límite mínimo sin necesidad de acudir a estos recursos.

De nuevo la situación española es notablemente mejor. En el Código Penal vigente el límite mínimo resultante de las reglas de concurso siempre será más alto que el del delito más grave cuando no esté en concurso ideal⁶⁹. Las críticas centradas por tanto en el límite mínimo resultante no nos afectan.

Si, por otra parte, y sin ánimo de ser exhaustivos, ponemos en práctica las reglas de concurso del Código y comparamos los marcos penales resultantes con los propuestos para los delitos calificados por el resultado, teniendo siempre bien presente que, como ya hemos dicho, con concurso ideal las penas han de ser menores, ya que no se acepta la hipótesis de que los delitos calificados poseen un contenido de lo injusto adicional, observamos que se llega a resultados satisfactorios, tanto en los límites mínimos como en los máximos.

Así, en el delito de aborto con resultado de muerte o lesiones (art. 411), la actual calificación por el resultado lleva a la pena de 12 a 20 años, o a la de 6 a 12 años; por el contrario, el concurso ideal, diferenciando además según la modalidad de la acción y no solo según el resultado culposo producido, ofrece penas de 10 a 12 años o de 4 años y dos meses a 6 años⁷⁰. Igualmente, en el robo con causación culposa de homicidio (art. 501, 4º) la calificación lleva a la pena de 6 a 12 años, mientras que el concurso ideal llevará a una pena de 4 años y dos meses a 6 años.

Las comparaciones hasta ahora hechas nos van confirmando en la idea de que el concurso ideal es una buena alternativa a los delitos calificados por el resultado en el contexto del Código Penal español. Por lo demás, en los presumiblemente escasos supuestos en que no se llegara a resultados satisfactorios lo que procedería sería realizar un ajuste de los marcos penales afectados antes que comprometer el avance que supone, con respecto al principio de culpabilidad, la supresión de los delitos calificados.

No ha de olvidarse tampoco lo acertada que resulta la salvedad, existente en el art. 71 del Código Penal español vigente, que prohíbe imponer, como consecuencia de las reglas de concurso, una pena superior a la suma de las penas de los delitos por separado⁷¹. En el ámbito de nuestras preocupaciones eso implica recoger explícitamente la prohibición de apreciar un injusto adicional a la suma del delito doloso y culposo.

De las otras críticas que se han hecho a la sustitución de los delitos calificados por el resultado por las reglas generales del concurso ideal⁷² hay una que merece

⁶⁹ Nota 62.

⁷⁰ No se alude al supuesto específicamente regulado de la tentativa imposible.

⁷¹ Nota 62.

⁷² La crítica de HIRSCH, (*Zur Problematik...*, ed. cit., págs. 70 y 71 y *Hauptprobleme...*, ed. cit., págs. 160 y 161) y KOFFKA (*Niederschriften*, ed. cit., pág. 257), a la que dieron pie unas afirmaciones de MEZGER (*Niederschriften...*, ed. cit., págs. 255, 257), y consistente en tachar de incoherentes a los partidarios de la supresión de los delitos calificados por no aceptar calificaciones culposas que se sancionen con pena superior a la suma del delito doloso y culposo, mientras que sí aceptan calificaciones dolosas, ya constitutivas por separado de un delito doloso independiente, y con penas superiores a la suma de los dos delitos dolosos por separado, señalando, así, que si fueran coherentes no debieran aceptar la figura del robo con violencia o intimidación, sino propugnar un concurso ideal entre hurto y coacción,

sería reflexión: según ella, la solución del concurso ideal se ve imposibilitada de funcionar si la conducta calificada no es por sí sola delito, o lo es únicamente si es doloso⁷³. Una posible solución del problema ya fue propuesta por JESCHECK⁷⁴: se podría considerar que la pena del tipo básico doloso ya es suficientemente alta y dejar impune, al destipificarla, la conducta calificada en estos casos.

En el Código Penal español se da la primera de las situaciones mencionadas entre otros casos, en los arts. 488 y 489, de abandono de niños, ya que la conducta creadora de un peligro concreto para la vida, salud o moralidad del menor, formulada como calificación por el resultado más grave en los párrafos 5 del 488 y 2 del 489, no constituye un delito independiente. No cabe, sin embargo, pensar en la segunda de las situaciones mencionadas, la de que la conducta calificada solo constituye delito si se realiza dolosamente, pues en el Código Penal español pueden, en principio, todos los delitos dolosos ser castigados también cuando se cometen por imprudencia⁷⁵.

4. Veamos, sin embargo, otro modo de proceder referido a las conductas que se insertan en los delitos calificados por el resultado, y que también hace suya la idea de suprimir estos tipos. Quizás ella nos aporte soluciones que pudieran complementar, que no sustituir, a la del concurso ideal.

LANGE considera que, aunque la solución del concurso ideal no contradice el principio de culpabilidad, hay que ir más lejos: En los delitos calificados lo injusto de tales conductas está en el peligro doloso en ellas existente, debiendo ser su principio básico la inclusión de tal peligro doloso culpable. No se pena más porque junto a la responsabilidad dolosa haya otra culposa, sino porque se actúa sin tener en cuenta el riesgo. Y no se ha de creer que mezclamos los conceptos de lesión y peligro si creamos un tipo de lesión que abarque también la tendencia adicional de poner en peligro ulteriores bienes jurídicos. Se debería procurar crear

aparte de merecer ciertas objeciones de SCHUBARTH, (ob. cit., pág. 773-774) dentro del propio contexto alemán, ignora además que delitos complejos, en los que con frecuencia se da una relación medio-fin entre sus diversos componentes, y delitos calificados por el resultado no son lo mismo. Aluden a esa diferencia LORENZEN (ob. cit., págs. 81-83, 152), y ya antes GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 166 y ss.

A su vez, KÜPPER (ob. cit., pág. 36), cuando rechaza la sustitución del principio de absorción por el de exasperación, atribuye injustificadamente la idea básica que inspira al principio de absorción también a todos los restantes principios existentes de resolución de concursos ideales.

⁷³ Así HIRSCH, *Hauptprobleme...*, ed. cit., págs. 160 y 161).

En ese sentido HIRSCH (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 69 y *Hauptprobleme...*, ed. cit., págs. 160 y 161) y SCHROEDER (ob. cit., pág. 134) aluden a que en Alemania, si se suprimen los delitos calificados el delito de lesiones graves culposas quedaría impune, situación a la que SCHUBARTH (ob. cit., págs. 772 y 773) aporta solución parcial en el marco del derecho alemán.

⁷⁴ Véase *supra*.

⁷⁵ Los arts. 565, 586 3º y 600 castigan, por medio de cláusulas generales, la realización culposa de las figuras delictivas de la parte especial del Código. La validez de estas cláusulas generales solo ha sido cuestionada por doctrina y jurisprudencia en relación con unas pocas figuras delictivas, a través de interpretaciones restrictivas de sus tipos que, además, no gozan del apoyo unánime de doctrina y jurisprudencia.

tipos como el § 223 alemán, en la medida en que alude a comportamientos peligrosos para la vida partiendo de un delito de lesiones⁷⁶.

GALLAS, por su parte, que asume una doble postura en esta cuestión, manteniendo para algunos supuestos los delitos calificados con la exigencia de una imprudencia calificada o especial, y suprimiéndolos en otros casos en función de la idea de peligro, estima, en esta segunda alternativa, que se debería, partiendo del delito base doloso, aludir a la peligrosidad de tal tipo para la vida, exigiéndose dolo respecto a ese peligro, que justificaría una pena más alta⁷⁷. Igualmente SCHNEIDER manifiesta que la idea fundamental de estas figuras debiera ser el peligro producido dolosamente, desligado del resultado más grave producido⁷⁸.

Tales posturas han recibido críticas variadas de los autores que abogan por el mantenimiento de los delitos calificados, exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave. Así, se ha dicho que tales estructuras de peligro obligarían a describir muy precisamente la acción peligrosa, y que todo tipo de peligro presupone siempre un cierto pronóstico ulterior que no siempre se logra correctamente⁷⁹. Sorprende sin embargo tal objeción, y más aun cuando viene de los que se declaran partidarios de los delitos calificados con exigencia de imprudencia, pues son ellos los que más han insistido en que la acción peligrosa se superpone con la acción del tipo básico de resultado material, acción esta que ha de estar necesariamente bien descrita. De ahí que baste con decir que con tal acción se crea una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave.

Se alega también que los tipos de peligro implican una ampliación de la punición, cosa que el legislador solo hace cuando el delito de lesión no basta para la protección⁸⁰. Ciertamente se amplía el ámbito de lo punible pero, como decíamos antes, eso no debe preocupar a quienes dan tanta importancia al resultado más grave como para justificar un delito calificado, pues con la estructura de peligro se trata de evitar la producción de ese resultado más grave. Además la pena será menor que la de los delitos calificados, ya que solo se valorará el contenido de lo injusto del peligro.

⁷⁶ LANGE, *Niederschriften...*, ed. cit., págs. 255-256, 259. Esta postura de LANGE está ya casi totalmente desembarazada —probablemente por moverse dentro de un contexto de *lege ferenda*— de los defectos dogmáticos existentes en sus posturas precedentes de interpretación de los delitos calificados por el resultado del Código Penal alemán a la luz de la introducción en 1953 del art. 56 que exigía culpa. Tales interpretaciones, formuladas en KOHLRAUSCH-LANGE (*Strafgesetzbuch*, 42 Auflage, Walter de Gruyter, 1959, págs. 211 y ss.), tuvieron una gran trascendencia. Véase a Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados...*, ed. cit., pág. 122, nota 139.

⁷⁷ GALLAS, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 257.

⁷⁸ SCHNEIDER, ob. cit., págs. 414 y 415. Igualmente BLUME, "Erfolgsstrafrecht heute?", *NJW*, 1965, págs. 1261 y 1262.

LORENZEN (ob. cit., págs. 168 y 169) también ha aludido recientemente a una posibilidad semejante, incluso tomando en consideración el peligro culposos, pero en último término la ha descartado; en ello ha influido su concepción, ya criticada, de que los tipos básicos y su marco penal correspondiente ya tienen en cuenta por lo general el peligro respecto al resultado más grave, así como su poco convincente opinión de que el peligro doloso respecto a ese resultado más grave ya es abarcado por el tipo del delito doloso más grave en su grado de tentativa.

⁷⁹ BALDUS, ob. cit., pág. 258; KRILLE, *Niederschriften...*, ed. cit., pág. 257.

⁸⁰ HIRSCH, *Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 72.

Las afirmaciones de algún autor relativas a que esta solución no resuelve nada, pues lo que preocupa son los supuestos en que se produce el resultado más grave⁸¹, muestran cómo en el fondo se sigue trabajando con la idea de la responsabilidad por el resultado. Lo que ha de interesar no es el resultado, sino la correcta valoración de lo injusto y la culpabilidad de tal comportamiento, y allí se ha de integrar el resultado⁸².

Como hemos visto, la solución del concurso ideal no encontró en el Código Penal español demasiadas dificultades para ser puesta en práctica, llegando además a soluciones dogmáticamente correctas. Aunque pienso que es la solución que debería adoptarse, el tratamiento de estas conductas es susceptible de ulteriores perfeccionamientos a través, precisamente, de la creación de delitos de peligro.

No hay duda, en mi opinión, de que las conductas que estamos estudiando son peculiares. Efectivamente, lo característico de estas conductas es que la acción inicial dolosa comporta en la mayoría de las ocasiones un peligro respecto al resultado más grave y que, además, resulta frecuente que tal peligro sea abarcado por el dolo del autor. Dicha peculiaridad ha sido entrevista por los partidarios de la exigencia de imprudencia, quienes, sin embargo, en pos de una justificación de los delitos calificados por el resultado y de sus elevados marcos penales, la introdujeron por partida doble, y confusamente, en el delito doloso y culposo, para así poder afirmar a continuación un inexistente mayor contenido de lo injusto.

La pregunta es si podemos tener en cuenta esa peculiaridad de tales conductas sin incidir simultáneamente en el error de afirmar que estamos ante un contenido de lo injusto adicional al propio tiempo que del delito doloso y del delito culposo.

La solución del concurso ideal, con ser la básicamente correcta, resulta demasiado tosca en ocasiones para apreciar esa peculiaridad a la que venimos aludiendo. En su afán por romper esa doble consideración del desvalor de acción que erróneamente realizan los partidarios de los delitos calificados con exigencia de imprudencia, pasa por alto matices importantes, ya que todo queda reducido, en cualquier caso, a la confrontación de un delito doloso de lesión y un delito culposo de resultado.

Se trataría de construir unos delitos de peligro concreto constituidos por un tipo básico doloso de resultado material, y un tipo doloso de peligro concreto. Ello no impediría que existiera un tipo básico doloso sin unirse a tal tipo de peligro y un tipo culposo de resultado referido a la efectiva realización del resultado a que alude el peligro, pero estos dos tipos serían, claro es, independientes del tipo compuesto precedente. Este tipo podría formularse en los lugares del Código en

donde suelen aparecer los delitos calificados, o en los que se considerara más preciso, aludiendo en cada caso al tipo básico doloso correspondiente⁸³, y al peligro concreto que en tales lugares preocupa (suele ser el de la muerte o lesiones, pero no siempre).

Se podría decir, especialmente por los partidarios del concurso ideal, que se está exagerando la frecuencia con que, en las conductas hasta ahora incluídas en los delitos calificados, aparece el dolo de peligro respecto al resultado más grave, siendo lo normal que, con independencia de que el tipo básico doloso cree una auténtica situación de peligro, esta no sea abarcada dolosamente. Pues, aunque así fuera, se ha de recordar de nuevo que esta propuesta en realidad es complementaria de la del concurso ideal, pues aunque no se dé ese dolo de peligro lo que se hará es aplicar las reglas del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado material⁸⁴, independientes ambos del delito de peligro concreto.

Es más, en los supuestos en que se dé el dolo de peligro respecto al resultado más grave, y además se produzca tal resultado, tampoco se apreciará el tipo compuesto. En tales casos, dado que el apreciar un concurso ideal de delitos entre el tipo compuesto y el tipo culposo de resultado supondría de nuevo realizar el juicio desvalorativo de acción dos veces, y que, entre el delito compuesto y el culposo de resultado, supuesto que lo injusto de un peligro doloso ha de ceder ante lo injusto de un resultado, realización de ese peligro, culposo⁸⁵, se da un concurso de leyes en la medida en que el delito culposo de resultado consume al tipo de peligro doloso del delito compuesto, lo procedente sería estimar un concurso ideal de delitos entre el delito doloso básico independiente y el culposo de resultado.

Por consiguiente, el ámbito de aplicación del delito compuesto queda circunscrito a los casos en que, existiendo dolo de peligro, no se produce el resultado material más grave. Tal limitación es plenamente satisfactoria, pues solo entonces, si no existiera tal delito compuesto, quedaría sin apreciar lo "peculiar" de estas conductas, a que antes hemos aludido⁸⁶. Naturalmente, y si queremos ser consecuentes con nuestra idea de no apreciar contenidos de lo injusto adicionales realmente inexistentes, la pena de este tipo compuesto de peligro concreto no podrá ser superior ni igual a la que resulte del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado.

Considero que lo arriba dicho perfecciona, desde un punto de vista dogmático, la solución del concurso ideal. Por otro lado, indica un posible camino para resolver aquellos supuestos, ya vistos, en que la supresión de los delitos calificados por

⁸³ O varios tipos básicos dolosos similares.

⁸⁴ Siempre que se produzca el resultado más grave, claro. De lo contrario, solo se apreciará el tipo básico doloso.

⁸⁵ Así, por ejemplo, en el art. 340 bis a p. 3 del Código Penal español, donde se acude a las reglas del concurso de leyes para los casos en que, de la producción de un delito de peligro doloso en el tráfico, se deriva un delito de resultado culposo. Véase además nota 26.

⁸⁶ Los planteamientos precedentes, en los que se tiene bien presente el desvalor del resultado material más grave, muestran lo infundadas que resultan las objeciones de HIRSCH (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 72, y *Hauptprobleme*, ed. cit., pág. 160) cuando señala, entre otras afirmaciones, que la creación de delitos de peligro favorece la responsabilidad por el resultado, pues si no se valora el resultado en el tipo, cuando se produzca, se tendrá en cuenta por el juez, a su arbitrio, en la medición de la pena.

⁸¹ SCHAFFHEUTLE, ob. cit., pág. 259.

⁸² La afirmación de HIRSCH (*Zur Problematik...*, ed. cit., pág. 73), relativa a que con la propuesta de LANGE quedan fuera los supuestos de culpa inconsciente respecto al resultado más grave nos muestra cómo aquel tampoco se ve libre de la confusión entre dolo de peligro y culpa consciente, pues está claro que con la tesis de LANGE tanto la culpa inconsciente como la consciente quedan fuera del tipo de peligro concreto doloso.

Por otro lado, la crítica de HIRSCH, también mencionada, entre otros, por KÜPPER (ob. cit., pág. 40) y WOLTER (ob. cit., pág. 171), no procede en el contexto de *lege ferenda* en el que nos movemos, una vez negada la conveniencia de que perduren los delitos calificados por el resultado.

el resultado y del art. 1 p. 2 inciso 2 del Código Penal español dejaría en el aire determinadas calificaciones que no constituyen por sí solas un delito independiente. Así los arts. 488 p. 5 inciso primero y 489 p. 2, que resultan problemáticos con la solución estricta del concurso ideal⁸⁷, adquirirían un significado coherente y ejemplificador respecto a esos tipos compuestos de peligro concreto por crear. Efectivamente, tales artículos podrían interpretarse como tipos compuestos de delito doloso de resultado material y delito doloso de peligro concreto⁸⁸, y no habría problemas aparentes para apreciar un concurso ideal de delitos al margen del tipo compuesto, cuando procediera según lo antes dicho, pues el concurso se habría de dar entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado material⁸⁹.

De todas formas hay que ser consciente de que la decisión de suprimir los delitos calificados del Código exigiría quizás determinadas modificaciones en los tipos. Ni siquiera los preceptos acabados de mencionar quedarían indemnes; así, el art. 489 p. 2 tropezaría con problemas a la hora de acudir al delito culposo de resultado relativo a la "moralidad". Además restan otros preceptos en que la calificación no es por sí sola delito y que no admiten tan fácilmente una nueva consideración como los supuestos precedentes. La medida en que sería conveniente proceder o no a una revisión de los tipos, de forma que la conducta calificadora constituyera ya por sí sola siempre delito es algo que debe resolverse en cada situación en particular, existiendo serias dudas relativas a que siempre fuera precedente⁹⁰.

En todo caso lo anterior no supone un obstáculo a mi propuesta. De *lege ferenda* la ponderación de las ventajas que tal solución aporta, frente a los inconvenientes de una eventual revisión de tipos, en todo caso muy delimitada, inclina claramente la balanza a mi favor⁹¹.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

⁸⁷ Véase *supra* epígrafe segundo de este trabajo, 3. *in fine*.

⁸⁸ En concreto, delitos compuestos por una conducta dolosa de abandono de niños y un peligro doloso para la vida (488 p. 5) o para la salud o moralidad del menor (489 p. 2).

⁸⁹ Entre los tipos básicos dolosos de abandono de niños (488 pp. 1-4, 489 p. 1) y los delitos culposos de resultado de muerte o lesiones (arts. 565, 586 3º).

⁹⁰ La medida en que mi propuesta permitiría nuevas interpretaciones de tipos alemanes ya existentes, no solo de aquellos en que la calificación no constituya por sí sola un delito independiente, queda al margen de mis consideraciones.

⁹¹ Finalmente, cabe señalar que la "Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal", hecha por el Ministerio de Justicia en 1983, ha suprimido la referencia a que "cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave solo se responderá de este si se hubiera causado, al menos, por culpa". Por otra parte, se aprecia en la parte especial una reiterada sustitución de los delitos calificados por el resultado más grave culposo, por tipos compuestos de un tipo básico doloso de resultado material y un tipo doloso (dada la introducción del principio de excepcionalidad del castigo de las conductas culposas en art. 15) de peligro concreto; así, arts. 147 2º, 218 a 220 en relación con el 221; 225 3º, 226 2º, 317 en relación con el 318. En algún caso se alude expresamente a la solución propia del concurso ideal respecto a una situación típica de delito calificado por un resultado más grave culposo (art. 161 2º inciso 2). No obstante, se mantienen claros delitos calificados por el resultado más grave culposo (art. 235 3º), con pena superior a la del concurso ideal. La impresión general es de ausencia de un criterio claro y único.