

Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980 (I)

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES,
Profesor Ayudante de Derecho Penal
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El término «al menos». 3. El término «ulterior resultado más grave». 4. La vigencia del principio de culpabilidad: I. La actitud opuesta a la exigencia de imprudencia. II. El principio de culpabilidad a la luz de la exigencia de imprudencia. III. La supresión de la calificación por el resultado más grave culposo, y la realización del principio de culpabilidad.

I. INTRODUCCION

El Proyecto de Código penal español de 1980 sostiene en su Exposición de Motivos que, para dar efectividad al principio de que no hay pena sin culpabilidad, ha excluido de su articulado «todos los supuestos de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anidaba el principio de «versari in re illicita» (párrafo 3.º del artículo 1.º, artículo 8, núm. 8, circunstancia 4.ª del artículo 9.º y artículo 50 del Código hasta ahora en vigor) y eliminando los delitos calificados por el resultado más grave mediante la exigencia de que, al menos, concurra culpa respecto a éste» (1).

Sin duda, el Proyecto con tal actitud pretende alinearse inequívocamente con la corriente doctrinal, actualmente muy mayoritaria, que aboga por un respeto estricto del principio de culpabilidad. Para ello, procede en primer lugar a suprimir todos los apoyos legales que dan

(1) Vid. *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*. En Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. 17 de enero de 1980, pág. 661.

vigencia de modo general a la responsabilidad objetiva en nuestro Código. En ese sentido, cabe decir que la labor realizada en el Proyecto ha sido efectiva, suprimiendo los preceptos antedichos, e incluyendo otros que, como el artículo 21 (2), pretenden poner de manifiesto sin dejar un asomo de duda la desaparición del «*versari in re illicita*».

El segundo grupo en importancia en el que se ha venido alojando la mera responsabilidad por el resultado en nuestro Código está constituido por los delitos calificados por el resultado, construcción típica en la que se acepta que el resultado más grave sea meramente fortuito. El Proyecto, en su artículo 3.º, pretendiendo evitar tal posibilidad, frontalmente opuesta al principio de culpabilidad, dirá que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». Como vemos, la solución adoptada reside en exigir, cuando menos, imprudencia respecto al resultado más grave.

Resulta fácil deducir, por otro lado, en dónde se ha inspirado el legislador español para formular el artículo 3.º del Proyecto. En el Código penal de la Alemania Federal, desde 1953, existe un párrafo que reza: «Si la ley liga a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, responderá de aquélla el autor o el partícipe sólo si tal consecuencia le fuera imputable al menos por culpa» (3). El Código penal suizo, por su parte, considera preferible no aludir al problema en su Parte General y procede, en cada uno de los delitos calificados por el resultado, a introducir el inciso relativo a la imprudencia respecto al resultado más grave (4).

La pregunta que surge, y sobre la que se va a centrar fundamentalmente 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?

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*» en nuestro Código, o en paliar sus efectos a través de diversas interpretaciones de «*lege data*». La situación de partida del Proyecto, suprimida la cláusula general del «*versari*» y exigiéndose culpa respecto al resultado más grave en los delitos calificados por el resultado, es incomparablemente mejor. Sin embargo, ello no nos ha de llevar a una actitud conformista, que pase

(2) «Si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor». Vid Proyecto de Ley Orgánica..., op. cit., pág. 673.

(3) Así reza el actual par. 18. El antiguo par. 56 era sustancialmente idéntico, si bien no aludía al partícipe.

(4) Así, en el art. 123, «la pena será... si la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el delincuente lo pudo prever»; en el art. 127, «la pena será... si la víctima muere a consecuencia del delito y el delincuente hubiera podido preverlo».

por alto importantes defectos inherentes a las nuevas, y desde luego mejores, soluciones adoptadas.

En la dilucidación de la pregunta más arriba planteada nos ha de ser de gran ayuda, dada la escasa bibliografía española existente por las razones acabadas de expresar, las doctrinas alemana y suiza, en las que el tema, debido a la regulación de derecho positivo de esos países, se ha tratado exhaustivamente.

Pero antes quisiera ocuparme de un par de cuestiones vinculadas a la concreta formulación que en el artículo 3.º del Proyecto se da a la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave. A saber, qué repercusión tiene el inciso de «al menos» por culpa, y qué ha de entenderse por «*ulterior resultado más grave*».

EL TERMINO «AL MENOS»

En cuanto a lo primero, la doctrina alemana afirma prácticamente de modo unánime que la fórmula de «al menos» abre el paso a tres posibles combinaciones entre el delito base y el resultado calificado: 1. Tipo básico doloso y resultado más grave también doloso. 2. Tipo básico culposo y resultado más grave también culposo. 3. Y tipo básico doloso con resultado más grave culposo (5).

Los supuestos en los que cabe dolo respecto a la calificación se deben a tres razones: 1. Casos en que el tipo doloso en el que normalmente va incluido el resultado que en el delito calificado se considera más grave, exige dolo directo, no incluyendo el eventual. Así ocurre en Alemania con el parágrafo 224 en relación con el 225 (6). 2. Ca-

(5) Vid. F. C. SCHROEDER, «Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar». 10. Auflage. 21. Lieferung. Walter de Gruyter, 1980, pág. 133; HIRSCH, «Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts». Golttdammer's Archiv für Strafrecht, 1972, págs. 65-66, quien llama delito calificado material o propio sólo a la última combinación y delitos calificados impropios a las otras dos, con terminología que se presta a confusión con la utilizada por Schröder en otro sentido, como veremos; GÖSSEL, «Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach par. 18 StGB». Festschrift Lange. Walter de Gruyter, 1976, págs. 219-220, 222-223; KREY-SCHNEIDER, «Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltenden und künftigen Strafrecht». Neue Juristische Wochenschrift, 1970, pág. 640; RUDOLPHI, «Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar». Allgem. Teil, 2, Auflage, Metzner Verlag, 1977, pág. 154; entre otros. Se estima que otra posible combinación, la de tipo básico culposo y resultado más grave doloso, no se da en la práctica. Vid. GÖSSEL, *Ibidem*.

(6) Vid., entre otros, CRAMER, «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar», 20, Auflage, Verlag C. H. Beck, 1980, pág. 264; MAURACH-ZIPF, «Strafrecht, Allgem. Teil, Teilband 1», 5. Auflage, pág. 495; RUDOLPHI, *op. cit.*, pág. 157.

No parece darse ningún supuesto en el Proyecto de Código penal español. Todo lo más podría decirse que en el tipo, de difícil interpretación, del artículo 308, si se considera el último párrafo el tipo básico doloso, y el primero un delito calificado por el resultado constituido por el tipo básico doloso más un resultado más grave de peligro con dolo directo, entonces

sos en que no existe un tipo doloso, referido al resultado más grave exclusivamente, independiente. En Alemania se suele citar el artículo 239 II al considerar una calificación por el resultado el que la detención ilegal dure más de una semana (7). En nuestro Proyecto de Código, al margen del mismo supuesto alemán, también existente (artículo 180, 1.º), pero que es susceptible de objeciones, pues no suele considerarse delito calificado por el resultado, tenemos los artículos 163, 2.º, 299, p. 3 y 300, p. 2, en los que el resultado de peligro calificado no se inserta también en un tipo doloso de peligro independiente, y los artículos 462 y 466, entre otros. 3. Hay, por último, otra serie de casos en los que la doctrina alemana a veces incluye el resultado más grave doloso en el delito calificado por el resultado:

Se trata de supuestos en los que el bien jurídico del tipo básico y el del resultado calificado son marcadamente distintos, es decir, de todos los casos de delitos calificados en que no se da una semejanza entre ambos bienes jurídicos como la que existe entre los diferentes tipos de lesiones, o entre éstos y el homicidio. En contradicción con estos últimos casos, en los que si el resultado más grave de lesión o muerte se produce dolosamente, se acude al delito doloso correspondiente, en los primeramente citados se estima que se produce un concurso ideal de delitos entre el delito calificado de resultado y el tipo doloso (o culposo), referente al resultado calificado, correspondiente. Eso ocurre, entre otros delitos calificados, en el incendio con resultado de muerte (par. 307, núm. 1), en la detención ilegal con resultado de muerte (par. 239, III)... Tal modo de proceder, al que ya aludió Rodríguez Devesa, sin compartirlo, antes de que se introdujera el par. 56 del Código penal alemán (8), adquirió un nuevo impulso con Schroeder, que, en 1956, pasó a denominar delitos calificados por el resultado «propios» a los primeros, en los que no se da el concurso ideal, e «impropio» a los segundos, siendo seguido por autores significados (9), y estando enraizado en la jurisprudencia (10).

el segundo párrafo abarcaría, respecto al primero, otro delito calificado por el resultado constituido por el tipo básico doloso más un resultado más grave de peligro, ahora con dolo eventual o culpa. La interpretación la hago con todas las reservas, dada la complejidad de tal tipo, que exigiría un estudio más detenido.

(7) Entre otros, F. C. SCHROEDER, *op. cit.*, pág. 130; RUDOLPHI, *op. cit.*, pág. 157; OFHLER, «Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, pág. 521.

(8) Pues la relación entre los delitos calificados por el resultado y la producción dolosa de dicho resultado ya era tema de polémica en la doctrina alemana, siendo Frank el defensor de la postura arriba descrita. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, en «Derecho Penal. Parte Especial», de Antón Oneca-Rodríguez Muñoz, 1949, págs. 361-362.

(9) Vid. SCHRÖDER, «Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten». *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, págs. 1737 y ss., así como «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch», 17, Auflage, Verlag C. H. Beck, páginas 496-497; CRAMER, «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch», 20, Auflage, Verlag C. H. Beck, págs. 263-264; JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil», 3, Auflage, págs. 590-591; RUDOLPHI, *op. cit.*, pág. 157; HARDWIG,

Los argumentos utilizados van desde los que opinan que el concurso ideal viene exigido por la diferencia entre los dos bienes jurídicos atacados y la consiguiente diversidad en la dirección de la agresión en el tipo básico y en la calificación (11), a los que afirman que sólo así se puede aclarar si la consecuencia más grave se produjo dolosa o culpablemente (12), permitiéndose, presumiblemente, una más precisa valoración del injusto y/o la culpabilidad de la conducta (13). Schroeder, al que frecuentemente se remiten los autores anteriores, además de compartir argumentos precedentes intenta esbozar la diferencia fundamental entre los delitos calificados «propios» y los «impropios»: Así, en estos últimos estaríamos ante unos supuestos en los que, a diferencia de los primeros, la valoración fundamental no descansa en la *producción de un resultado culposo*, que se deriva del resultado típico del delito base doloso, sino ante unos tipos en los que el resultado más grave sirve para caracterizar una *forma de comisión* del tipo básico especialmente grave, sin que posea importancia, en principio, si el resultado más grave es doloso o culposo y si, en este último caso, se deriva del resultado típico del delito base doloso (14).

Conviene reseñar que si los autores acabados de citar propugnan un concurso ideal de delitos entre el delito calificado impropio y el tipo doloso o culposo independiente referido al resultado más grave, no faltan quienes extienden la fórmula del concurso ideal a los casos denominados por Schroeder delitos calificados «propios». Así harán Lange y Oehler ateniéndose a las concepciones que manejan de los delitos calificados por el resultado (15).

«Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1965, pág. 97; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 495.

(10) Vid. referencias a ello en los diversos autores citados.

(11) Así, RUDOLPHI, op. cit., pág. 157; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 495; HRUSCHKA, «Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1967, pág. 47, quien expone la opinión del Bundesgerichtshof sin compartirla.

(12) Vid. JESCHECK, op. cit., págs. 590-591; SCHRÖDER, «Konkurrenz...», op. cit., págs. 1738-1739; HRUSCHKA, op. cit., pág. 47, también recogiendo opiniones jurisprudenciales por él no compartidas.

(13) Así, de modo explícito, Bundesgerichtshof. Vid. cita de HRUSCHKA, *Ibidem*.

WIDMANN, «Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigen Vorliegen eines sog. erfolgsqualifizierten Delikts». Monatschrift für Deutsches Recht, 1966, págs. 555-556 alude igualmente al concurso de delitos para poder valorar de modo adecuado el contenido de lo injusto, pero excluye tal concurso en todo supuesto en que el resultado calificado sea culposo por más que respecto a ese mismo delito lo acepte si el resultado calificado es doloso.

(14) Vid. SCHRÖDER, «Konkurrenz...», op. cit., págs. 1737-1739 y, del mismo autor, «Schönke-Schröder...», 17, Auflage, op. cit., págs. 496-497. CRAMER, op. cit., págs. 263-264, hace suyas las palabras de SCHRÖDER.

(15) Vid. LANGE, «Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch», 42, Auflage, Walter de Gruyter, 1959, pág. 213; OEHLER, «Das erfolgsqualifizierte Delikt als...», op. cit., págs. 519-520.

Más tarde analizaremos sus posturas.

Sin embargo, la solución del concurso ideal de delitos, aunque se puede estimar mayoritaria, ha sido objeto de fuertes críticas. Críticas que, por más que han abogado por el concurso de leyes, no han supuesto siempre la exclusión del resultado más grave doloso del ámbito de los delitos calificados por el resultado, si bien Mezger y Koffka llegan en la práctica a tal solución (16).

Las razones aportadas para acudir al concurso de leyes han tendido a contrarrestar los argumentos de los partidarios del concurso ideal, aportando además otros nuevos.

Se ha alegado, frente a la idea de que es preciso distinguir entre realización dolosa o culposa del resultado más grave, que eso es algo que el mismo legislador no ha querido hacer, imponiéndoles la misma pena (17), o que basta con que el tribunal, al declararle culpable, especifique si el resultado más grave se le imputa a título de dolo o de culpa (18). En cuanto a la diversidad de bienes jurídicos, Hruschka pone de relieve acertadamente que eso no obliga a acudir a un tipo distinto al del delito calificado por el resultado, pues lo que ocurre es que éste, *además* de atender al bien jurídico del tipo básico, *posee otro*, que es igual que el del delito doloso o culposo de resultado normal; la inclusión de ambos bienes jurídicos en el tipo calificado convierte en innecesaria la referencia a otro tipo al margen del calificado por el resultado (19). Widmann, por su parte, señalará que la técnica del concurso ideal origina que al autor se le haga responder dos veces por el mismo resultado (20). Al margen de la eventual corrección de

(16) Así, HRUSCHKA, op. cit., págs. 47-49, estima que en los supuestos de resultado más grave doloso (por supuesto lo mismo si es culposo) se da un concurso de leyes por especialidad que se resuelve a favor del delito calificado. Véase en todo caso más adelante su postura reticente a admitir la combinación dolo-dolo dentro de los delitos calificados por el resultado.

MEZGER, «Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar», 1. Band, Walter de Gruyter, 1957, 8. Auflage, pág. 428, estima que en el concurso de leyes que se ha de dar en todo caso, si bien el delito culposo independiente cede ante el delito calificado, no ocurre lo mismo con el delito doloso independiente que es el que habrá de aplicarse excepto en los escasos casos en que el dolo eventual no es abarcado por el delito doloso independiente.

Por otra parte, KOFFKA, que previamente ha abogado por la supresión de la combinación dolo-dolo del ámbito de los delitos calificados, considera que los delitos calificados son siempre, en concurso de leyes, ley especial frente al delito independiente de resultado culposo. «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission», 2. Band. Allg. Teil. Bonn, 1958, pág. 244.

Se inclina también por el concurso de leyes, pero sólo en los supuestos en que el resultado más grave es culposo, WIDMANN, op. cit., págs. 555-556. Vid. supra.

(17) WIDMANN, op. cit., pág. 555, quien defiende la actitud del legislador frente a los intentos de modificarla a través del concurso ideal diciendo que en ambas alternativas existe ya un contenido de lo injusto muy marcado, no siendo precisa la diferenciación.

(18) HRUSCHKA, op. cit., págs. 47-49.

(19) HRUSCHKA, *Ibidem*.

(20) WIDMANN, op. cit., págs. 554-555.

los otros argumentos, considero a este último, al que ya había aludido, olvidándose luego de él, el impulsor en la doctrina más reciente del concurso ideal, Schroeder (21), como el verdaderamente decisivo. Efectivamente, resulta, a mi parecer, insostenible que el resultado más grave se utilice por una parte para configurar al delito calificado por el resultado, con su correspondiente marco penal tan elevado, y por otra sirva para cumplir el tipo de un delito doloso o culposo, que habrían de venir en concurso ideal con el anterior. El proceder es, sin duda, dogmáticamente incorrecto al responder el autor dos veces del mismo resultado. Y por si ello no bastara, se ha de llamar la atención sobre el agravamiento de pena tan considerable que tal proceder supondría a tenor de las reglas del concurso ideal en el Proyecto de Código penal español (art. 88), que difieren, como tendremos ocasión de ver, de las del Código penal alemán (par. 52), en el que las consecuencias agravatorias no son tan grandes.

Estimo, sin embargo, que si la solución del concurso ideal no es aceptable, ella pone de relieve algo que merece consideración. Esto es, que sin concurso ideal se castiga por la ley igual la producción dolosa o culposa del resultado más grave. Al margen de otros argumentos no tan convincentes, ya recogidos, se podrá decir con Hruschka que el juez sí que podrá distinguir entre el resultado más grave doloso o culposo y, me permito continuar el razonamiento de Hruschka, imponer penas diferenciadas dentro del marco penal común, a tenor del mayor o menor contenido de lo injusto.

Siendo cierto lo anterior, pienso que la objeción precedente nos insinúa el auténtico problema de fondo. Demos, pues, un paso más y preuntémonos ahora si es correcta la inclusión en la noción de delito calificado por el resultado, de la combinación dolo-dolo, y si no sería mejor formular el texto legal de forma que quedara excluida.

Esta última opinión está muy extendida en Alemania. Hruschka ha escrito, con razón, que el ámbito de aplicación de los delitos calificados por el resultado, a tenor de su regulación jurídico-positiva, sobrepasa los límites trazados por su concepto, sin que ellos puedan abarcarse dogmáticamente de un modo uniforme considerando *todo* su ámbito de aplicación (22).

Los defensores del mantenimiento de tal combinación, o bien se limitan a recordar su poco significado práctico (23), o bien señalan que si se excluyera del artículo 18 nos encontraríamos con supuestos en los que se penaría más la combinación dolo-culpa, en el marco del delito

(21) SCHRÖDER, «Konkurrenz...», op. cit., págs. 1737-1738.

WIDMANN, *Ibidem*, aunque utiliza este argumento, no lo lleva hasta sus últimas consecuencias, pues lo considera aplicable en los supuestos de resultado más grave culposo, sin decir nada respecto al resultado más grave doloso.

(22) HRUSCHKA, op. cit., págs. 43-45.

(23) SCHUBARTH, «Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, pág. 754, nota 3; ART. KAUFMANN, «Das Schuldprinzip», Carl Winter Universitätsverlag, 1976, pág. 240.

calificado por el resultado, que la dolo-dolo a tenor del concurso de delitos entre los dos delitos dolosos independientes (24).

Este último argumento es reconocido por los partidarios de la supresión (25), pero no considerado suficiente en el contexto de «lege ferenda» en que se pronuncian, e incluso de «lege data». Bajo esta última perspectiva se dirá por Hruschka que puesto que la regulación positiva nos obliga a incluir la combinación dolo-dolo, pese a su inadecuación conceptual, hay que manejar una interpretación restrictiva que distinga entre aquellos tipos que, por razones jurídico-positivas ya que no dogmáticas, necesiten incluir la combinación dolo-dolo, pues de lo contrario se llegaría a situaciones absurdas e injustas, de aquellos que no necesiten tal cosa, en los que tal combinación quedará excluida (26). Una concreción de tal actitud puede considerarse la opinión de Mezger, ya vista, de admitir la combinación dolo-dolo sólo en los supuestos en que el dolo eventual no está en el delito doloso simple (27).

La perspectiva de «lege ferenda» permite a los autores que a ella se acogen plantear soluciones sin tantos condicionamientos, o lo que es lo mismo, excluir la combinación dolo-dolo del ámbito de los delitos calificados por el resultado, y consecuentemente suprimir del artículo del Código penal que los contempla, la expresión «al menos». La objeción precedente se solventará insistiendo en que se han de modificar los marcos penales de forma que la supresión de la combinación dolo-dolo no ha de llevar a que se pene menos la conducta dolosa que la culposa respecto al resultado más grave (28).

La supresión es procedente, en primer lugar, porque se estima que la producción dolosa del resultado más grave no posee ya ninguna característica que la distinga del delito de resultado doloso normal, no pudiéndose ya hablar de un delito calificado por el resultado. Koffka y Ulsenheimer dirán concretamente que tal combinación no supone ninguna peculiaridad subjetiva respecto al resultado en relación a sus restantes elementos típicos, con lo que ya no existe la razón que lleva a construir los delitos calificados y Hruschka citará opiniones en el sentido de que se puede hablar de calificación respecto a un resultado más grave si este resultado es simplemente consecuencia secundaria (producida culposamente) de una acción con otros fines, y no cuando

(24) Así, F. C. SCHROEDER, op. cit., págs. 130-132; OEHLER, op. cit., pág. 521; WIDMANN, op. cit., págs. 555-556

(25) Así, HRUSCHKA, op. cit., pág. 43, quien añade que en ocasiones, por laguna legal, no podría ni siquiera pensarse, tras la supresión, el resultado más grave doloso; ULSENHEIMER, «Zur Problematik des Versuchs erfolgsgqualifizierter Delikte». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1966, pág. 275.

(26) HRUSCHKA, op. cit., págs. 43-45.

(27) MEZGER, op. cit., pág. 428.

(28) WIDMANN, op. cit., págs. 555-556 duda en adoptar la misma actitud, rechazándola finalmente.

(28) Vid. KOFFKA, op. cit., págs. 243-244; HIRSCH, op. cit., pág. 66, nota 10, entiende que la persistencia del «al menos» en el Código penal alemán se debe a que el legislador, antes de suprimirlo, debe corregir algunos preceptos de la Parte Especial, que no ha podido hacer con anterioridad.

es el fin del hecho producido con conciencia y voluntad, añadiendo Ulsenheimer que estamos ante una estructura psicológico-criminal distinta consistente en realidad en la producción, de un resultado, calificada por el medio de actuación (29).

Se alude igualmente a las complicaciones adicionales que, de cara a la participación y la tentativa, conlleva la inclusión de la combinación dolo-dolo en el marco de los delitos calificados, dada la necesidad de un tratamiento uniforme de todos los supuestos calificados (30).

No resulta difícil de imaginar que otra razón, y de mucho peso, para sacar del ámbito de los delitos calificados por el resultado la combinación susodicha es las dificultades que ello origina para configurar el contenido de lo injusto y la culpabilidad de los delitos calificados por el resultado del modo que la doctrina favorable a su existencia exigiendo culpa respecto al resultado más grave, preconiza. Sus planteamientos sólo pueden hallar expresión en la combinación dolo-culpa. Jeschek y Koffka proponen, con la combinación dolo-dolo, crear unos tipos especiales. Este último nos dirá que cuando, tras la supresión de la combinación dolo-dolo de los delitos calificados por el resultado, se considerara que no había unos tipos dolosos respecto a ese resultado más grave «satisfactorios», debieran crearse unos tipos que dijera, por ejemplo, «quien dolosamente por medio de los hechos de los artículos... matara o hiriera a una persona...», tipo que sería ley especial frente a los dos delitos dolosos por separado que le componen (31).

Comparto en buena medida los argumentos precedentes. La noción de delito calificado por el resultado, una vez excluidos de ella, dada la actual regulación alemana o los planteamientos del Proyecto de Código penal español, los supuestos de resultado más grave fortuito, se ve perturbada notablemente si se introducen en ella casos en que existe dolo respecto al resultado material más grave.

La exclusión de los resultados fortuitos ha dado lugar en Alemania a una nueva elaboración doctrinal de la noción de delito calificado por

(29) Vid. HARDWIG, *op. cit.*, pág. 97; HIRSCH, *op. cit.*, págs. 65-66; KOFFKA, *op. cit.*, págs. 238-258; HRUSCHKA, *op. cit.*, págs. 42-43; ULSENHEIMER, *op. cit.*, págs. 274-275.

(30) Vid. HIRSCH, *op. cit.*, págs. 65-66, 75; JESCHECK, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission». 2. Band. Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 250; KOFFKA, «Niederschriften...», *op. cit.*, pág. 258.

(31) Vid. JESCHECK, «Niederschriften...», *op. cit.*, pág. 250; KOFFKA, *op. cit.*, págs. 243-245, quien vacila en llamar a estas estructuras típicas delitos calificados por el resultado especiales, o no.

Antes de continuar procede aludir a una serie de autores que, sin aportar argumentos de modo explícito a favor de la supresión de la combinación dolo-dolo del ámbito de los delitos calificados, cuando enumeran las diversas combinaciones de que éstos son capaces no mencionan la de dolo-dolo. Así, STRATENWERTH, «Strafrecht, Allgemeiner Teil, I». Cary Heymann Verlag, 1981, 3. Auflage, pág. 297; SEEBALD, «Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1964, páginas 166-168.

el resultado, elaboración que, si bien es muy discutible, como tendremos ocasión de poner de manifiesto, cree ver la peculiaridad de esas conductas, y en ello lleva razón, en la idea de *peligro* respecto al resultado más grave, con su correspondientes referencias objetiva y subjetiva, que tales comportamientos con frecuencia conllevan. En ese contexto, la inclusión de supuestos en que se da dolo respecto al resultado material más grave implica no tener en cuenta las características peculiares de estas conductas, que sin duda poseen, por más que los partidarios del mantenimiento de los delitos calificados por el resultado más grave imprudente no hayan sido capaces, en mi opinión, de expresarlas adecuadamente. El papel preeminente del peligro, a estas conductas sustancial, queda difuminado en cuanto estas conductas se equiparan a aquellas otras en que el autor pretende dolosamente la efectiva producción del resultado material más grave, en que existe una voluntad de materializar ese riesgo en un resultado material (32).

Las reflexiones precedentes me mueven a considerar un desacierto la inclusión del término «al menos» en el artículo 3.º del Proyecto de Código penal. Implica mezclar dos estructuras típicas distintas, con consecuencias negativas para ambas e imposibilita la configuración de una noción moderna de delito calificado por el resultado (una vez suprimido el resultado fortuito) medianamente uniforme y coherente.

Si la supresión del «al menos» obligara a reajustar algunos marcos penales para no llegar a resultados injustos o absurdos, a colmar alguna laguna, o a crear algún tipo complejo adicional, aún estamos a tiempo.

Dijimos en su momento que la fórmula del artículo 3.º del Proyecto, al igual que la fórmula alemana, abría el paso, junto a la combinación dolo-culpa, no sólo a la combinación dolo-dolo, sino también a la de culpa-culpa. ¿Qué decir de esta última? Ante todo, que en el Proyecto de Código penal hay cuando menos dos figuras de esas características, las del artículo 309 y del artículo 462, p. 2.

En Alemania se ha visto con general indiferencia esta combinación, habiendo escasos pronunciamientos al respecto. Cuando los ha habido, se han inclinado por proponer una formulación del precepto de forma que quedara excluida tal combinación. Tanto Hirsch como Koffka han

(32) Nótese que, según lo dicho, la combinación dolo-dolo que considero fundamentalmente rechazable es la constituida por delito doloso de resultado material básico más delito doloso de resultado material más grave, pero no la constituida por delito doloso de resultado material básico más delito doloso de resultado de peligro. Esta última, sin embargo, *en la medida en que se haya de entender*, a la luz de la opinión dominante, como una estructura de calificación por el resultado que refleja un contenido de lo injusto mayor al que corresponde a la suma del injusto de los dos delitos por separado y merecedora de una pena superior a la resultante de la suma de las penas de tales delitos, la rechazo en el Apartado siguiente, junto a la combinación tipo básico doloso de resultado material más tipo de resultado de peligro culposo.

considerado que se trata de un delito normal de imprudencia (33), y el primero, tras recordar los problemas que tal combinación puede causar en participación y tentativa, señala que si se incluye en los delitos calificados por el resultado se debe solamente a que la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave se deriva del artículo 18 (34).

En mi opinión, esta combinación no encaja en la noción de delito calificado por el resultado tal como más arriba se ha definido, por lo que razones de claridad conceptual aconsejan no incluirla en el artículo 3.º, cosa que se evitaría simplemente, como insinúa Hirsch, si en los preceptos en cuestión se aludiera de modo expreso a que el resultado más grave ha de ser culposo, evitándose así el acudir al artículo 3.º y su contexto (35).

EL TERMINO «ULTERIOR RESULTADO MAS GRAVE»

Pasemos ahora al segundo problema previo que deseábamos tratar, el de qué ha de entenderse por «ulterior resultado más grave», expresión utilizada por el artículo 3.º del Proyecto. Desde un punto de vista dogmático se acepta de modo general que en el concepto de «resultado» se han de incluir tanto las nociones de «resultado material» como de «resultado de peligro» (36). Pareciera, por consiguiente, que la mención al «resultado» del artículo 3.º del Proyecto posibilitara la existencia de delitos calificados por el resultado de peligro.

La cuestión no se puede considerar baladí o meramente académica. Hay en el Proyecto, cuando menos, cuatro tipos en que la aplicación del artículo 3.º, y su consideración como delitos calificados por el resultado, depende de la respuesta que se dé. Y piénsese la trascendencia que ello tiene, pues el artículo 3.º del Proyecto, dada la introducción en el artículo 18 de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, es el único que puede abrir la puerta al castigo del resultado de peligro culposo. Los tipos a que me refiero son el artículo 163, 2.º, el 299, p. 3, el 300, p. 2 y el 308, p. 2.

El tema se ha planteado igualmente en Alemania. Los partidarios, sin embargo, de incluir el resultado de peligro más grave en el artículo 18 son una clara minoría. Entre ellos cabe citar a Dreher-Trön-

(33) Vid. HIRSCH, op. cit., págs. 65-66; KOFFKA, op. cit., pág. 244.

(34) Vid. HIRSCH, *Ibidem*, págs. 65-66 y 75.

DREHER, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission», 2. Band, Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 253, duda también de la procedencia de su mantenimiento dentro de los delitos calificados por el resultado, si bien no se decide a pronunciarse por su exclusión, debido a razones prácticas.

(35) La peculiaridad de estos tipos merece, no obstante, un estudio más detenido que ahora no podemos hacer.

(36) Vid. CEREZO MIR, «Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción y Teoría Jurídica del delito/1». Tecnos, 1981, págs. 397 y ss.; entre otros.

dle, y Maiwald, que lo aceptan sin más explicaciones (37), y a Gössel, quien estima que en principio los delitos calificados por el resultado aluden a un resultado de peligro, de forma que cuando en un tipo concreto, como suele suceder, se exige resultado material, ello se debe a que el legislador pide una concreción del peligro especialmente intensa (38).

La doctrina mayoritaria, partidaria de la no inclusión, se ha debido ocupar en primer lugar, y paradójicamente, de contrarrestar determinadas afirmaciones del Bundesgerichtshof, que excluían el resultado de peligro a partir de bases falsas, esto es, sosteniendo que éste no podía incluirse en el artículo 18, dado que no era una modificación real, perceptible por los sentidos, y constatable, del mundo externo. Como es lógico, los autores han objetado tal planteamiento desde diversos ángulos. Sea señalando que si bien por «resultado» ha de entenderse modificación de la realidad, con constatación empírica, eso no es lo mismo que modificación del «mundo externo», sea señalando que el juicio de peligro incide sobre unas circunstancias «reales», distintas de las de la acción inicial del delito calificado, sea poniendo de relieve que hay resultados materiales no perceptibles por los sentidos, sea remitiendo a la propia terminología del Código en diversos lugares, sea aludiendo a definiciones acreditadas de «resultado»... (39). Estimo que la cuestión es pacífica, como ya he señalado más arriba, y no merece la pena detenerse en ella.

¿Qué argumentos se han manejado por tanto para que la doctrina alemana haya dado prácticamente por zanjada la cuestión de forma que Jeschek estime suficiente con decir, en nota a pie de página, que el mero peligro no constituye un resultado lesivo del parágrafo 18, por lo que el resultado de peligro, en los tipos que lo exijan, ha de ser doloso? (40).

Al lado de argumentos muy vinculados a concretas formulaciones típicas del Código penal alemán, tales como el tratamiento que normalmente da el texto legal alemán a los normales delitos de resultado de peligro culposos, y los marcos penales en los que se desenvuelven (41), argumentos que no son transferibles al Proyecto de Código

(37) Vid. DREHER-TRÖNDLE, «Strafgesetzbuch und Nebengesetze», 40, Auflage. C. H. Beck Verlag, 1981, pág. 97; MAIWALD, «Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, pág. 265.

(38) Vid. GÖSSEL, op. cit., págs. 221, 232-235.

(39) Vid. BACKMANN, «Gefahr als 'besondere Folge der Tat' i. S. der erfolgsqualifizierten Delikts?». *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1976, páginas 970-971; KÜPER, «Gefährdung als Erfolgsqualifikation». *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, págs. 543-545; RUDOLPHI, op. cit., pág. 155; MEYER-GERHARDS, «Subjektive Gefährdungen, Schuldform der Regelsbeispiele und Begriff der 'in besondere Folge' (par. 18 StGb)». *Juristische Schulung*, 1976, pág. 231.

(40) JESCHECK, «Lehrbuch...», op. cit., pág. 209.

(41) MAURACH-SCHROEDER, «Strafrecht. Besonderer Teil, 1», 6. Auflage, C. F. Müller Verlag, 1977, pág. 332; MEYER-GERHARDS, op. cit., pág. 232; ESER, «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar», 20. Auflage. Verlag C. H. Beck, 1980, pág. 1591.

penal español, se estima por autores como Backmann y Küper que si bien el mayor contenido de lo injusto que justifica la agravación de la pena en los delitos calificados por el resultado es apreciable sin duda ya en el desvalor de acción en la medida en que el autor no ha tenido en cuenta la peligrosidad inherente a la conducta delictiva básica, la agravación de pena aludida precisa asimismo, para justificarse, un desvalor de resultado también mayor, no siendo suficiente con el desvalor de resultado constituido por la producción de un peligro concreto, al bien jurídico, procediendo la exigencia de producción de una lesión material a tal bien (42). A tal argumento parece adherirse Rudolphi cuando afirma que el «sentido y finalidad» del parágrafo 18 obligan a que sólo valga en los supuestos en que el resultado más grave constituya una lesión, y no un peligro, del bien jurídico (43).

F. C. Schroeder, por su parte, rechaza las argumentaciones precedentes, y considera que la exclusión del resultado de peligro se deduce de las razones que motivaron la introducción del par. 18, que no fueron, obviamente, la de ampliar a tipos nuevos, generalmente modernos, la responsabilidad por imprudencia, sino la de ajustar la responsabilidad por el resultado al principio de culpabilidad, en un contexto de marcos penales con límites inferiores de penalidad muy altos (44).

Backmann introduce otro argumento adicional cuando pone de relieve que, dado que el par. 18 es una regla de excepción respecto a la del artículo 15 que expresa que, mientras no se diga lo contrario, sólo se castiga la comisión dolosa (principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos), debería sólo aplicarse en los supuestos en que no hubiera dudas, manejando una interpretación restrictiva, interpretación restrictiva que conduciría a excluir los supuestos de resultado de peligro (45). Estimo que si el artículo 3.º del Proyecto, en su actual redacción, se mantuviera y pasara a ser ley, no habría argumentos de «lege lata» para excluir los supuestos de resultado de peligro más grave de su ámbito de aplicación. Los argumentos aportados no son suficientes. Que el legislador pretendiera lo que dice F. C. Schroeder nadie lo pone en duda, pero ha de primar la voluntad de la ley sobre la voluntad del legislador; que no se da un desvalor de resultado suficientemente intenso como para justificar pena tan grave es probablemente cierto para importantes sectores doctrinales, pero se podría decir que el legislador piensa de distinta forma; estamos de acuerdo en que, en los casos dudosos, se atienda a una interpretación restrictiva del artículo 3.º, pero es que aquí el tenor de la ley no ofrece dudas.

(42) Vid. BACKMANN, op. cit., págs. 972-974, quien intenta posteriormente delimitar su argumentación de forma que no afecte a las figuras agravatorias que, sin considerarlas delitos calificados por el resultado, están formadas por una acción delictiva básica dolosa, y un resultado de peligro doloso; KÜPER, op. cit., pág. 546.

(43) RUDOLPHI, op. cit., pág. 155.

(44) F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 124.

(45) BACKMANN, op. cit., pág. 974.

Es decir, discrepo de la pretensión de la doctrina alemana, por lo demás prácticamente unánime, de excluir el resultado de peligro más grave sin necesidad de modificar el texto legal.

Ahora bien, ¿conviene modificar el artículo 3.º del Proyecto en el sentido de aludir a un «ulterior resultado *material* más grave»?

Parece correcto pensar que los propósitos de un legislador que ha introducido el artículo 3.º, así como el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos (art. 18) no son los de ampliar la responsabilidad por el resultado o la comisión culposa más allá de lo estrictamente necesario. Por otro lado, y aceptando los planteamientos de la opinión dominante relativos a la justificación del mantenimiento de los delitos calificados por el resultado, considero que las reflexiones de Küper y Backmann relativas a la especial gravedad del contenido de lo injusto que cabe exigir a los delitos calificados por el resultado son dignas de tenerse en cuenta (46).

Por último, si, como se verá a continuación, albergó serias dudas de que los delitos calificados por el resultado contengan un mayor contenido de lo injusto que justifique su existencia, se comprenderá que, si se decide mantenerlos, apoye todo intento mínimamente fundado de limitación de su ámbito legal de aplicación.

En todo caso, tales reflexiones, a la luz de la concepción dominante sobre cuál sea el contenido de lo injusto en los delitos calificados por el resultado, no aportan argumentos suficientes para demostrar que sea dogmáticamente incorrecto incluir el resultado de peligro más grave en los delitos calificados por el resultado: Suponen, simplemente, una propuesta de reducción «legal» de su ámbito de aplicación.

LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En el análisis de este problema nos vamos a centrar en la combinación dolo-culpa, por motivos obvios dada la postura adoptada respecto a las restantes combinaciones.

En todo caso, no otra cosa ha hecho la doctrina alemana, sea porque sólo considera a tal combinación incluida en la noción de delito calificado por el resultado, sea porque considera que abarca la abrumadora mayoría de supuestos, sea porque estima que es en ella donde se plantea de modo más agudo la cuestión de si estas figuras delictivas se atienen al principio de culpabilidad al exigir culpa respecto al resultado más grave.

(46) El razonamiento no conlleva necesariamente también la supresión de las figuras agravadas constituidas por una acción delictiva básica dolosa, y un resultado de peligro doloso, siempre que ellas encuentren justificación por otras vías. En todo caso, sobre estas figuras volveremos más tarde.

I. LA ACTITUD OPUESTA A LA EXIGENCIA DE IMPRUDENCIA

Antes, sin embargo, vamos a ocuparnos, aunque sea de pasada, de algunos autores que han considerado que el principio de culpabilidad se sigue respetando por más que no se dé ni dolo ni culpa respecto al resultado más grave, o que han intentado justificar recientemente la violación del principio de culpabilidad en los delitos calificados por el resultado.

Schweickert, en un planteamiento fundamentalmente dirigido a dar una nueva interpretación de los preceptos que poseen condiciones objetivas de punibilidad, pero que sin duda también afecta a los delitos calificados por el resultado, sostiene que al lado de las formas de conducta dolosas y culposas existe otra forma de conducta que supone una relación todavía menor entre la acción del autor y la circunstancia fáctica que la que se da en la imprudencia, pero que, con todo, es compatible con el principio de culpabilidad. Basándose en dos sentencias del Bundesgerichtshof, que le sirven de fundamento, aunque discrepa en algunos puntos, estima que esta tercera forma de conducta es la conducta arriesgada o peligrosa. Comportarse arriesgadamente en relación a un bien jurídico significa producir el riesgo de un daño (lesión o peligro concreto) a ese bien jurídico, pero, a diferencia de la conducta culposa, con independencia de si se ha producido una lesión del deber de cuidado. Considera que una conducta de este tipo puede poseer un grado de peligrosidad tal que esté justificada su conversión en injusto penal, sea porque la acción de riesgo misma sea en alto grado antisocial, sea porque el bien jurídico puesto en peligro está especialmente necesitado de protección. Por otro lado, el comportarse arriesgadamente respecto a bienes jurídicos ajenos, creando el riesgo de su daño, siempre que sea más allá del ámbito de lo adecuado socialmente, justifica desde el punto de vista ético-social la formulación de un reproche debido al comportamiento antisocial del autor que se expresa en la creación del riesgo, reprochabilidad que, en todo caso, es menor que la que se deriva de la lesión dolosa o culposa de un bien jurídico. Tal reproche ético social puede constituirse en un reproche jurídico penal sin que ello lesione el principio de culpabilidad, pues es posible y exigible el evitar peligros a bienes jurídicos que sobrepasen la conducta adecuada socialmente, y reprochar por ello. Cuando será procedente elevar tal reproche ético-social a reproche jurídico-penal es algo discutible, pero puede pensarse que el hecho de que el riesgo se produjo por medio de una conducta delictiva es suficiente para que se dé a la relación de riesgo relevancia penal.

A este planteamiento general hace Schweickert diversas limitaciones. En primer lugar, entre la conducta arriesgada misma, y la consecuencia ulterior, debe existir al menos una relación adecuada. En segundo lugar, la relación adecuada entre la conducta arriesgada y la producción del riesgo debe haber sido reconocible por el autor de

acuerdo a sus capacidades personales. Finalmente, debe haber sido exigible al autor la evitación del riesgo. Y añade a continuación que por consiguiente la conducta arriesgada se diferencia de la imprudencia en que en la primera falta la lesión del deber de cuidado, mientras que entre la previsibilidad de los tipos imprudentes y la relación adecuada reconocible por el autor de los delitos de riesgo no debería haber diferencias (47).

La postura de Schweickert ha sido objeto de una crítica generalizada (48). Pese a que el ámbito en que se mueven las manifestaciones de este autor es fundamentalmente el de los preceptos que contienen condiciones objetivas de punibilidad, considero procedente ocuparme brevemente de él.

Ante todo, se ha de poner de relieve, como ha sostenido Lang-Hinrichsen, que la tesis de Schweickert de que la conducta arriesgada no contradice el principio de culpabilidad, no se legitima por el hecho de que atribuya el carácter de reprochables a determinadas conductas. También en la época en que se defendía la responsabilidad por el resultado se estimaba que tales conductas eran culpables, dicho en términos sobrepasar ese límite presupone un abandono o, cuando menos, una nología moderna, reprochables. La cuestión reside en si él puede insertar entre las conductas reprochables unas que sin duda no responden a lo que en nuestro actual desarrollo cultural y jurídico penal se considera reprochable. Hace ya mucho tiempo que se considera que el límite mínimo para la reprochabilidad jurídico-penal reside en la previsibilidad individual de la realización típica (49). Todo intento de nueva fundamentación de los conceptos de reprochabilidad y de culpabilidad actualmente, al menos en el punto que nos afecta, unánimemente aceptados. No parece que esa haya sido la pretensión de Schweickert, dado que ha dejado libre de crítica la fundamentación de la reprochabilidad en las conductas dolosa y culposa. Es más, ha pretendido acercar todo lo posible la descripción de la reprochabilidad por la conducta arriesgada a la reprochabilidad por la conducta culposa. Tanto es así que se llega, a través de la interpretación de sus afirmaciones, a una situación en la que resulta difícil decir si, como afirma Lang-Hinrichsen, Schweickert no distingue entre imprudencia y conducta arriesgada, exigiendo para ésta los mismos requisitos que para la primera (50), o si la diferencia reside en que el juicio de previsibilidad objetiva o de causalidad adecuada que Schweickert exige en la conducta arriesgada no es propiamente tal.

Si, con reservas, siguiéramos esta última alternativa interpretativa,

(47) SCHWEICKERT, «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, págs. 394 y ss.

(48) Valga, por todos, LANG-HINRICHSEN, «Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1961, págs. 211-224. En España alude a él en tono crítico, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho Penal», tomo VI, Losada, 1962, pág. 50.

(49) Vid. LANG-HINRICHSEN, *op. cit.*, págs. 215-216.

(50) Vid. LANG-HINRICHSEN, *op. cit.*, págs. 222-224.

constataríamos que este autor, como dice la sentencia del Bundesgerichtshof en la que se inspira (es compatible con el principio de culpabilidad «imputar al autor agravatoriamente consecuencias dañosas extratípicas que derivan de una situación *general* de peligro causada culpablemente, pero que no estaban previstas por el autor como tales en su *concreta* forma de aparición, es decir, en la especie y orientación de la lesión por él causada»), y como él mismo sostiene más adelante («en la medida en que resultados puramente casuales, que el autor *incluso de modo general ya no puede prever*, se incluyan en el riesgo reprochado se hace saltar el marco del principio de culpabilidad», de ahí la necesidad de que haya al menos una relación adecuada) (51), pasa por alto que la causalidad adecuada, y el criterio de previsibilidad objetiva, están indisolublemente ligados a la consideración de las circunstancias del *caso concreto* cognoscibles por una persona inteligente, como así se procede, sin duda, para determinar el cuidado objetivamente debido en el delito culposo (52).

Dado lo anterior, las afirmaciones posteriores relativas a que la relación adecuada debe haber sido reconocible por el autor de acuerdo a sus capacidades personales, sólo predicarían una previsibilidad subjetiva referida a esa previsibilidad objetiva *general* del resultado.

Serían incorrectas, pues, posteriores afirmaciones de Schweickert en las que, de modo inconsecuente, sostiene que no hay diferencias entre la «previsibilidad» de la imprudencia y la «causalidad adecuada reconocible» de los delitos de riesgo (53). Si el análisis precedente puede haber mostrado, en contra de Lang-Hinrichsen, que la conducta peligrosa no se puede identificar con la conducta culposa, también ha dejado en evidencia la medida en que dicha conducta peligrosa o arriesgada se aleja de los prepuestos que sirven de base al principio de culpabilidad: Al sujeto se le reprocha un resultado concreto, aunque no lo haya previsto ni lo haya podido prever. Hardwig ha considerado igualmente que los delitos calificados por el resultado sin exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave poseen una especial ligazón con el principio de culpabilidad, debido a la conducta peligrosa dolosa precedente. Tras poner de relieve que las penas en estos tipos sobrepasan a las que corresponderían de añadir a la pena de la conducta dolosa la de la culposa, de forma que no es ésta, en contra de lo que parece dar a entender el artículo 56 del Código penal alemán

(51) Vid. SCHWEICKERT, op. cit., págs. 395-396, 398-399.

(52) Vid. CEREZO MIR, op. cit., págs. 350 y ss.; WELZEL, «El nuevo sistema del Derecho Penal». Ariel, 1964, págs. 71 y ss.

(53) Más acertada parece su afirmación precedente de que ambos tipos de conducta se diferencian en que la inobservancia del cuidado debido no se da en la conducta arriesgada.

La combinación de ambas frases, la del texto y la de esta nota, parece dar a entender que para Schweickert el juicio de previsibilidad, objetivo y subjetivo, excluye el análisis de las circunstancias del caso concreto, circunstancias que, sin embargo, han de tenerse presentes para determinar la inobservancia del cuidado debido.

(luego, art. 18), la que explica el gran aumento de la pena (54), estima que estos tipos se basan en un núcleo de verdad del «versari»: El autor pone en marcha una dinámica tal que es muy fácil que la situación escape de su control, llegando a consecuencias por él no queridas. El autor responde de esa consecuencia más grave efectivamente producida, no por haberla causado culposamente, sino por haber creado maliciosamente una situación general en la que, con independencia de la previsibilidad personal, se podía llegar a consecuencias más graves. La relación de culpabilidad que se establece se basa en la conexión entre una conducta maliciosa lesiva y, además, peligrosa, con un resultado más grave. Si se produce el resultado, se ha de penar con mayor intensidad que si éste se hubiera producido por una simple conducta imprudente debido a que el autor, pese a la advertencia de consecuencias más graves posibles existente en el tipo básico, ha realizado conscientemente esa conducta inicial ilícita. Es decir, la mayor culpabilidad no reside en la relación de imprudencia entre conducta y resultado, sino en que el autor no tiene en cuenta la advertencia existente en el tipo. En todo caso, para apreciar esa mayor culpabilidad y *poderse dar esa función de advertencia* del delito calificado es preciso que exista dolo malo, esto es, conciencia de actuar antijurídicamente; en aquél que cree actuar jurídicamente no puede ser eficaz la función de advertencia que condiciona una culpabilidad más alta (55).

La postura de Hardwig, si bien dirigida ya de modo directo al entendimiento de los delitos calificados por el resultado, no difiere fundamentalmente de la de Schweickert. Nos volvemos a encontrar con la pretensión de extender la culpabilidad a supuestos en que no se va más allá de una previsibilidad objetiva parcial en cuanto deja fuera de su consideración las circunstancias del caso concreto o bien ante una inexistente diferenciación de tales conductas respecto a la responsabilidad por imprudencia. Valen, pues, las críticas realizadas, en ese sentido, a Schweickert. En Hardwig cabe preguntarse adicionalmente si la previsibilidad subjetiva, aun si se refiriera a ese juicio erróneo de previsibilidad objetiva, se exige verdaderamente (56); la conciencia de la antijuricidad de la conducta de que habla podría pensarse que va referida estrictamente a la conducta delictiva previa y no a la ad-

(54) Dirá también que la exigencia de imprudencia lo único que ha logrado ha sido obscurecer la idea básica que inspira a los delitos calificados, siendo un requisito que no tiene nada que ver con el fundamento de la culpabilidad del autor, que va por otras vías, implicando el art. 56 una restricción del círculo de responsabilidad, ajena a la fundamentación de la culpabilidad.

(55) Vid. HARDWIG, op. cit., págs. 98-101.

(56) A lo recogido en texto se puede añadir otro pasaje en que Hardwig sostiene que el autor no puede alegar que no conocía la advertencia existente en el tipo; él había podido y debido conocerla; pertenece a los deberes generales de los sometidos a derecho conocer los deberes que les afectan y tener en cuenta las advertencias legales. HARDWIG, op. cit., págs. 99-100.

vertencia respecto a consecuencias más graves supuestamente inserta en el tipo básico.

Baumann supone ya la inflexión hacia una nueva actitud entre los partidarios de mantener los delitos calificados por el resultado sin exigir imprudencia respecto al resultado más grave. Ya no se trata de intentar insertar tales figuras en el marco del principio de culpabilidad, sino de justificar la violación de este principio.

Este autor monta gran parte de su argumentación sobre la hipótesis de que la exigencia de imprudencia en estas figuras no se ha debido realmente al deseo de suprimir el Derecho penal basado en el mero resultado. La verdadera razón arranca de que en estos tipos, antes de incluir el par. 56, se daba una conexión automática entre resultado y pena, y ello choca con el proceso reciente que, a través de la instauración de las medidas de seguridad, la creación de numerosos supuestos de casos especialmente graves o leves, la suspensión de la aplicación de la pena, determinados influjos procesales en la reacción penal, y la cada vez más frecuente introducción de elementos típicos normativos, está dando un papel decisivo a la intervención del juez en la determinación de la pena justa o de la reacción jurídica más adecuada, y prestando una desmedida confianza a la labor de análisis psicológico respecto al delincuente realizada por el juzgador. En este contexto, en que no se considera «moderno» la existencia de preceptos que agraven la pena «legalmente», dado que supone una determinación de ésta no apoyada en la psique del autor, es como hay que entender la aparición del par. 56. Y refuerza la argumentación señalando que es sintomático que tardaran tanto en suprimirse los delitos calificados, y que tal supresión se hiciera precisamente, como si fueran un estorbo para ellas, a la vez que se introducen las instituciones de la suspensión condicional de la pena y de la imposición de reglas de conducta y tareas durante ese período.

Luego, pasa a criticar el excesivo arbitrio judicial en el sentido expresado y de modo detallado, poniendo de relieve, entre otras razones, que es más humanitario penar en función del hecho, constatable externamente, cometido, que dejar la pena en manos del juez y de su análisis psicológico del delincuente, o que con ese arbitrio judicial no sólo la prevención general, sino también la especial (ya que el delincuente ve que la pena está en función de factores por él desconocidos, que no sigue necesariamente al delito...) quedan profundamente dañados (57).

Las críticas a las afirmaciones de Baumann, al margen de incidir sobre aspectos parciales de éstas (58), intentan poner de manifiesto

(57) BAUMANN, «Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte». Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1958, páginas 229-243.

(58) Vid. al respecto LANG-HINRICHSEN, op. cit., pág. 225, quien dirá que por más que las dificultades para constatar la culpabilidad en el caso concreto por el juez puedan ser grandes, y se pueden introducir subrepticia-

que el autor mezcla dos problemas distintos, de forma que la supresión o modificación de los delitos calificados por el resultado se mueve en un plano diferente, no superponible, al relativo a las tendencias político-criminales que dan un amplio margen al arbitrio judicial; con o sin los delitos calificados por el resultado se puede dar esa tendencia que Baumann deplora. En todo caso, como dice Lang-Hinrichsen, con la supresión o modificación de los delitos calificados nos orientamos en base a principios, en concreto el aseguramiento del principio de culpabilidad, y esto no puede dejarse a merced de la dificultad para constatar la culpabilidad, dificultad no mayor que en otros ámbitos penales (59).

Pero si los argumentos anteriores son los que fundamentalmente impulsan a Baumann a deplorar la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos calificados, no ha de olvidarse que, en su crítica a tal exigencia, también aludirá al conocido argumento de que el resultado en cuanto tal, con independencia de si es doloso o culposo, o ninguna de las dos cosas, sigue teniendo un peso específico no sólo en la medición de la pena, donde piensa han de jugar necesariamente factores independientes de las representaciones o posibles representaciones del autor, sino asimismo en la distinción entre tentativa y delito consumado, o en los delitos culposos de resultado, de forma que si el par. 56 no elimina la responsabilidad por el resultado del Código, habría que cuestionarse su procedencia (60). Estas últimas objeciones han sido, sin embargo, repetidamente contrarrestadas por la doctrina y no es preciso que nos extendamos sobre ello. Baste con decir, siguiendo a Gimbernat Ordeig, que el principio de culpabilidad no dice que hayan de ser castigados *todos los comportamientos* culpables, sino que *exclusivamente* los culpables han de ser castigados (61).

mente factores subjetivos de éste, al juez se le pide que la constate, y no que tome una decisión a su arbitrio, o JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 51, quien señala que el hecho de que «el reproche, en que consiste la culpabilidad normativa, sigue siempre, *pero sólo*, a la culpabilidad, más refuerza que debilita la prevención general y especial».

(59) Vid. LANG-HINRICHSEN, *Ibidem*; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., págs. 50-51, quien dirá que «parece como si el profesor de Münster hubiera aprovechado la coyuntura de la supresión de esos delitos de responsabilidad anómala para censurar esas tendencias que tilda de modernizantes y cuya crítica, en buena parte justa, no es de este lugar».

En la crítica de LANG-HINRICHSEN concuerda JESCHECK, «Lehrbuch...», op. cit., pág. 463, nota 45.

(60) Vid. BAUMANN, op. cit., págs. 237-238.

(61) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 162-166, quien se refiere expresamente a las tesis de Baumann. También refiriéndose a Baumann, y en la misma línea que Gimbernat, pero con una argumentación no tan convincente por las implicaciones, a mi juicio erróneas, que conlleva de cara a la correcta consideración del desvalor del resultado en lo injusto, LANG-HINRICHSEN, op. cit., págs. 225-226.

Sin duda una completa comprensión del problema suscitado, entre otros, por Baumann se logra, más allá de la culpabilidad, en el marco de la concepción personal de lo injusto y el papel a realizar en ella por el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, pero ello nos llevaría ahora demasiado lejos.

Hay autores, como Art. Kaufmann y Jescheck, decididos partidarios de la supresión de los delitos calificados aun si se exige culpa respecto al resultado más grave (62), que han preferido, antes que exigir culpa y si la total abolición no es posible, mantener estas figuras como estaban antes de la introducción del par. 56 en Alemania. Sin duda estiman que ello implica infringir el principio de culpabilidad, pero intentan justificar tal cosa en función de la peligrosidad de la acción (63).

Kaufmann niega que la exigencia de imprudencia haya solucionado el problema de los delitos calificados. El que a un hecho doloso se añada un delito culposo de modo externo, sin relación interna entre ambos, falsea el sentido de los delitos calificados. En los delitos calificados hay una estructura interna en la que la imprudencia representa un cuerpo ajeno, Frente a esa pretensión de crear una estructura compuesta externa, desde v. Kries está claro que en los delitos calificados existe entre tipo básico y resultado más grave una relación interna en la medida en que la consecuencia más grave ya está contenida en el delito base como un peligro específico. La aparición del resultado más grave es la actualización del peligro potencial existente de modo característico en el delito doloso básico. Un delito calificado sólo existirá, por tanto, si se ha realizado aquel riesgo que le es peculiar al delito base, dicho de otro modo, si existe una causalidad adecuada entre comisión del delito base y resultado más grave. Tal requisito constituye la «ratio legis» de estos tipos. Al fin y al cabo, el «versari» tiene un núcleo sano y quien comete un hecho doloso con tendencia peligrosa no puede exigir que se le tenga en cuenta que no pudo reconocer, debido a una situación defectuosa personal, la posibilidad de una consecuencia más grave.

Con estos planteamientos que, como digo, son complementarios a otros pretendidamente abolicionistas, a los que da la primacía, llega a la conclusión de que, a falta de su solución preferida, lo que procede es, de «lege ferenda», adherirse a la solución que sólo exige una causalidad adecuada y de «lege lata», dada la vigencia del par. 56 alemán, vincularse a la interpretación propuesta por Welzel de considerar que la referencia a la «imprudencia» del texto legal debe entenderse sólo objetivamente, como inobservancia del cuidado objetivamente debido, y no subjetivamente, como inobservancia reprochable del cuidado objetivamente debido (64).

(62) Como veremos más tarde, la postura abolicionista de Kaufmann es más aparente que real.

(63) Vid. JESCHECK, «Niederschriften...», op. cit., págs. 249-250; ART. KAUFMANN, op. cit., págs. 245-246.

(64) Vid. KAUFMANN, op. cit., págs. 245-246.

En efecto, WELZEL, «Das deutsche Strafrecht», 5, Auflage, Walter de Gruyter, 1956, pág. 58, sostuvo hasta su 5.ª edición del Manual la opinión referida por Kaufmann. Welzel mantuvo siempre una postura escéptica respecto a la posibilidad de establecer de un modo pleno el principio de culpabilidad. Vid. sus afirmaciones en «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen

Jescheck, por su parte, estima que sólo la idea de la causalidad adecuada justifica políticamente la existencia de los delitos calificados por el resultado, justificación que yace en la consciente aceptación del riesgo, ligado normalmente al hecho doloso, por el autor; basta con que se deba contar con la aparición de tales consecuencias y se deba responder por ellas. Y considera que parece pedir demasiado, en unos tipos con tendencia general a un resultado más grave, el requerir la previsibilidad subjetiva. Termina proponiendo un tipo genérico, válido para todos los delitos calificados, que alude al juicio de previsibilidad objetiva (65).

Ambos autores, además, tienen especial interés en recalcar que la diferencia entre causalidad adecuada e imprudencia no es en la práctica tan significativa. En ambos casos se exige la previsibilidad objetiva radicando la diferencia sólo en la subjetiva, hecho que no tiene excesiva importancia dado que, dice Kaufmann, el autor deduce la previsibilidad del resultado más grave a partir de la experiencia general de que a determinadas conductas se ligan frecuentemente resultados de tal clase, o que, como dice Jescheck, en unos casos esa previsibilidad subjetiva ya está en el tipo, pues pertenece al tipo doloso un peligro público, y en los restantes casos el legislador debiera contentarse con el peligro abstracto, y no atender a la ausencia de previsibilidad culpable a no ser que estemos ante una situación completamente atípica (66).

Evidentemente, las objeciones que estos autores merecen han de destacar la lesión del principio de culpabilidad que sus soluciones ocasionan, hecho que ellos mismos son los primeros en reconocer (67): lesión del principio de culpabilidad que si, como yo pienso, es dudoso que no siga dándose también pese a la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave, es incuestionable que se produce en mayor medida si ni siquiera se exige la previsibilidad subjetiva (68). Sus intentos de minimizar las diferencias entre causalidad adecuada e imprudencia son vanas y no merece la pena que nos detengamos en ellos. La previsibilidad subjetiva no deriva sin más de la objetiva y,

Strafrechtskommission», 2. Band. Allg. Teil. Bonn, 1958, pág. 258, en donde, aunque reconoce que los delitos calificados lesionan el principio de culpabilidad, estima son soportables en principio.

(65) JESCHECK, «Niederschriften...», op. cit., págs. 248-250.

(66) Vid. KAUFMANN, op. cit., pág. 246; JESCHECK, «Niederschriften...», op. cit., pág. 248.

(67) Así, HIRSCH, «Zur problematik...», op. cit., pág. 65; DREHER, «Niederschriften...», op. cit., págs. 253-254; MEZGER, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2. Band. Allg. Teil». Bonn, 1958, pág. 255; BALDUS, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2. Band. Allg. Teil». Bonn, 1958, págs. 256, 256-257; SCHUBARTH, op. cit., pág. 755; HÄNLE, «Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten». Dissertation, 1970, págs. 30-33.

(68) Cosa que el propio JESCHECK, años más tarde, en su Manual, reconocerá, «Lehrbuch...», pág. 464, nota 49.

aunque se aceptara que en estos supuestos tal cosa es muy frecuente, una cosa es que normalmente esas acciones sean susceptibles de reproche personal y otra muy distinta que la ley *exija* la concurrencia de tal requisito, considerándolo jurídico-penalmente relevante (69).

(69) HANLE, op. cit., págs. 31-32, dirá que si es cierto que un curso causal que quede fuera de toda experiencia general nunca podrá fundamentar un reproche de imprudencia (y en ese sentido hay superposiciones con la teoría de la causalidad adecuada), no es cierta la afirmación contraria.

Por lo demás, de las afirmaciones de Jescheck en ese sentido la primera supone transformar la relación de causalidad en un dolo de peligro.

Asimismo, GALLAS, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2. Band. Allg. Teil». Bonn, 1958, pág. 258, respecto a afirmaciones precedentes de Jescheck dirá, con razón, que, en contra de lo que este autor parece dar a entender, la aceptación consciente del riesgo falta si el autor no piensa en las posibles consecuencias más graves.