

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

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES
Profesor Adjunto Contratado de Derecho penal
en la Universidad de Zaragoza

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

En Alemania, la doctrina es ampliamente favorable a la presencia de delitos calificados por el resultado siempre que se exija cuando menos culpa respecto al resultado más grave. En cuanto al problema que a nosotros nos interesa, 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 culpabilidad (70).

Ahora bien, ello no obsta a que exista acuerdo general entre estos 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 cuestión (71).

Esta importante matización hace que las acusaciones que estos autores reciben de que la exigencia de imprudencia no evita que sigamos estando ante una responsabilidad por el resultado, ya que los marcos

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en el fascículo anterior.

(70) Vid. HIRSCH, op. cit., págs. 74-75; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 496; RUDOLPHI, op. cit., pág. 154; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 133; OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm*. Goltammer's Archiv für Strafrecht. 1954, pág. 33; GEILEN, *Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung*. Festschrift für Hans Welzel. 1974. Walter de Gruyter, pág. 656.

(71) Vid. HIRSCH, op. cit., pág. 67, 75, 77; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 496; RUDOLPHI, op. cit., pág. 154; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 133; JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*. Walter de Gruyter. 1974, pág. 36; GALLAS, op. cit., pág. 257; SCHAFHEUTLE, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*. 2. Band. Allg. Teil. Bonn, 1958, pág. 259.

penales no corresponden a la mera adición de una conducta culpable (72), se vean en buena parte, pero no totalmente, neutralizados (73).

Efectivamente, rechazadas explícitamente por todos las elevadas 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 (74) nos dirá que se pena más que con 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 delito base doloso al que le es característico tal riesgo, dándose un desvalor de acción que sobrepasa la mera causación culposa.

Hirsch (75) habla de tipos básicos en cuyo resultado realizado dolosamente aparecen unos riesgos característicos respecto a un resultado más grave; se trata de acciones básicas con una peligrosidad general. En ese sentido, si bien es cierto que cuando un hecho doloso conlleva una consecuencia fáctica previsible por el autor, ésta se tiene en cuenta elevando la pena según las reglas generales de 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 doloso (76), 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 éste. Desde luego, añade Hirsch, 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.

F. C. Schroeder (77) 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

(72) Vid JESSCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 463; ART. KAUFMANN, op. cit., págs. 242-243, 246; SCHONKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 17, Auflage. Verlag C. H. Beck, págs. 496, 497; SCHUBARTH, op. cit., págs. 755, 756; LANGE, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*. 2. Band. Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 255.

(73) ART. KAUFMANN, op. cit., pág. 240, y el *Alternativ-entwurf eines Strafgesetzbuches*. «Allgemeiner Teil». 2. Auflage. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, pág. 55, entre otros, no dejan de reconocer que la exigencia de imprudencia atenúa algo el ataque al principio de culpabilidad que suponen estos tipos. Vid., además, cita de Jescheck en nota 76.

(74) Op. cit., pág. 154-155.

(75) Op. cit., pág. 71.

(76) Dada la vigencia en Alemania, como luego veremos, del principio de abstracción para resolver los casos de concurso ideal.

(77) Op. cit., págs. 133-134.

en tal medida dolo. Se trata de una clase de imprudencia especialmente digna de pena en función de la lesión consciente del deber (78).

Dicho de un modo breve, la doctrina citada justifica la mayor penalidad debido a que 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.

Los críticos a 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. Sólo Schubarth ha atendido directamente al núcleo de la cuestión, si bien, a mi entender, no llega al fondo del problema.

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 Schubarth (79), sólo 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 el tipo básico inserto o no en un delito calificado por 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 calificado por el resultado) implica una peculiar valoración de lo injusto de las conductas en cuestión (80).

(78) CRAMER, op. cit., pág. 264, dirá que son supuestos en que la acción posee una peligrosidad típica y el autor la puede reconocer. La peligrosidad debe estar ya en el tipo básico. JAKOBS, op. cit., págs. 36, 37, si bien no muy convencido de la corrección de la actitud de mantener estos tipos exigiendo imprudencia, dirá que se liga la consecuencia culposa a la peligrosidad inmediata del resultado realizado dolosamente. MAURACH-ZIP, op. cit., pág. 496, sostendrán que estos tipos se entienden si se parte de la potencialidad peligrosa de la acción dolosa.

BOLDT, *Zur Struktur der Fabrlässigkeitst. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 1956, pág. 356, tras afirmar que el injusto, en el tipo básico inicial, es mayor debido al peligro doloso, considera que la producción culposa de la consecuencia es la actualización del peligro potencial existente de modo característico en el delito básico doloso, rechazando que estemos ante una mera combinación de delito doloso y culposo.

KÜPER, op. cit., pág. 546, considera que la conexión específica entre tipo básico y calificación consiste en que con el resultado calificado se realiza un riesgo característico que es elemento del tipo básico; tal peculiaridad prueba que el tipo calificado, debido al riesgo implícito en el tipo base, contiene un desvalor de acción adicional, que sobrepasa el de la mera causación culposa del resultado y que justifica una pena mayor.

ULSENHEIMER, op. cit., págs. 266-268, 270-271, considera que el núcleo de lo injusto en estos tipos, que da la auténtica razón de la punición elevada, consiste en el peligro especial, inherente al delito básico, típicamente propio.

(79) SCHUBARTH, op. cit., pág. 767.

(80) Y no se diga, como hace SCHUBARTH, op. cit., pág. 768, nota 62, que esta actitud es equiparable a la de no penar si no hay resultado, adoptada en los

En segundo lugar, como señala Schubarth (81), si al decir de los defensores de esta solución el peligro es tan importante, ¿por qué no se ha construido 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 significado propios. Además, normalmente, el legislador pena acciones peligrosas porque quiere intervenir antes de que se produzca el resultado.

Ese es el auténtico motivo legislativo que lleva a penar el mero peligro. ¿Por qué proceder a la inversa en los delitos calificados por el resultado, y valorar el peligro sólo cuando se produce tal resultado? Desde luego, pienso, no es dogmáticamente incorrecto el procedimiento, pero sí inhabitual, 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 materiales (82).

No obstante, Schubarth estima que estos tipos así estructurados en realidad no contradicen el principio de culpabilidad, pues *reflejan un contenido de lo injusto adicional*. Ello no obsta a que atenten contra el principio de igualdad jurídica, ya que valoran el peligro de forma distinta a como se hace habitualmente en otros lugares del Código, y a que sean 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 éste no está calificado por un resultado más grave. Pero, si así se hace, si el tipo básico doloso, con independencia de si se produce el resultado más grave o no, se concibe conteniendo en todo caso el peligro respecto al resultado, entonces está de más un tipo específico calificado por el resultado, pues ya no habrá un contenido de lo in-

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.

Sin compartir plenamente su razonamiento, y teniendo en cuenta que alude a la postura de Oehler, que posee ciertas peculiaridades y que luego veremos, a este problema se refiere TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen in Nebenstrafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, pág. 237, cuando afirma que si la ejecución del delito base se ha de considerar como indicio de un peligro que viene a continuación, pero la pena sólo ha de elevarse si se produce el resultado de lesión, la ley está renunciando a la penalización del mero peligro: Con ello, dice, se aproximan estas formas delictivas más a las condiciones objetivas de punibilidad, si bien con un signo inverso. Si en las condiciones objetivas de punibilidad el legislador no pena el injusto típico tipificado y digno de pena más que excepcionalmente, cuando aparecen especiales condiciones que fundamentan la necesidad de pena, en estos otros supuestos el merecimiento de pena del peligro permanece en general como mero motivo legislativo, que no necesita ser descrito típicamente y que sólo excepcionalmente, con la producción del resultado descrito en la ley, lleva a una necesidad de pena. El peligro es decisivo, pues, no bajo el punto de vista del tipo de garantía, sino bajo el de la culpabilidad.

(81) SCHUBARTH, op. cit., págs. 767, 768, 769.

(82) SCHUBARTH, op. cit., págs. 768-769, aún 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.

justo adicional al que resulte de agregar a lo injusto del tipo básico doloso así concebido lo injusto del delito culposo de resultado (83).

Ahora bien la postura de Schubarth, que lleva a solicitar la supresión de los delitos calificados por el resultado, concede más de lo que debiera a los partidarios de estos tipos, cuando reconoce que no lesionan el principio de culpabilidad y acepta que exista un contenido de lo injusto adicional. El mismo Schubarth, con quien, en lo demás, coincido, nos da algunas claves para rechazar las concesiones precedentes (84).

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, como Hirsch con razón ha dicho, que en todo delito culposo se contiene ya un cierto riesgo (85). 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 concreto (86). 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

(83) SCHUBARTH, op. cit., págs. 767-771. Esa referencia a la lesión del principio de igualdad o de justicia, más que a la del principio de culpabilidad se encuentra formulada por GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 170-173, aludiendo a que en los delitos calificados la producción culposa del resultado más grave se pena igual que su producción dolosa. Ya hemos llamado la atención sobre este hecho anteriormente, y sobre los posibles correctivos. Baste decir que el requisito de el «al menos» institucionaliza tal igualdad de trato inicial.

(84) Vid. lo dicho en nota 90, complementado por otra afirmación posterior en la que 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. SCHUBARTH, op. cit., pág. 777.

Asimismo, cuando 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, op. cit., pág. 768, nota 63.

(85) HIRSCH, op. cit., pág. 71. En la misma línea GEILEN, op. cit., pág. 657.

(86) Vid. CEREZO MIR, op. cit., págs. 350-354, 397-402. En estricta relación con los delitos calificados por el resultado, ULSENHEIMER, op. 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. 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 constatación positiva del peligro específico. La confusión entre ambos conceptos es, sin embargo, frecuente, como veremos, y conlleva trascendentales consecuencias en el ámbito de nuestro estudio.

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, la previsibilidad objetiva respecto a ese mismo resultado más grave, apreciamos un mismo elemento del tipo objetivo dos veces en relación a 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 (87).

Algo similar ocurre si atendemos al tipo subjetivo: Si la situación de peligro, como dicen 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 así (88), parece claro, no sólo, como dice Schubarth (89), 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

(87) TENCKHOFF, *Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1976, págs. 910-911, 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 sólo 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 pretende con ello criticar determinadas posturas de Maiwald.

(88) Vid. JESCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 236, 460, quien por culpa consciente de lesión entiende el reconocimiento por el autor de la existencia del peligro concreto para el bien jurídico y su confianza en que no se produzca tal lesión; estimo más acertada la definición de F. C. SCHROEDER, op. cit., págs. 54-55, en par. 51, recogida en texto, y que, de acuerdo con el juicio de previsibilidad objetiva existente en la imprudencia, habla de «posibilidad», si bien yo diría, siguiendo a Engisch y Cerezo, «no improbabilidad».

La confusión entre culpa consciente de lesión y dolo de peligro, equiparándolas, está muy extendida entre los autores que polemizan sobre los delitos calificados por el resultado. Al margen de Art. Kaufmann y Stratenwerth, que veremos más adelante, MEZGER, *Leipziger Kommentar*, op. cit., pág. 428 b-428 c; BACKMANN, op. cit., págs. 974-975; GEILEN, op. cit., pág. 680; OEHLER, *Das erfolgswa-
lifizierter Delikt als...*, op. cit., págs. 517-518, entre otros.

(89) SCHUBARTH, op. cit., pág. 768, nota 63.

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 improcedente.

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 leyes* (90).

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 grave (91).

(90) No de otra forma se procede en el Código penal español, en los delitos contra la seguridad del tráfico de peligro concreto, art. 340 bis a), 2.º y párrafo 3.º del mismo artículo, por más que se discuta luego respecto a si es correcto resolver tal concurso de leyes en base al principio de la alternatividad, o mejor por el de consunción.

(91) 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 aleccionadora de lo que sostengo. HIRSCH, op. cit., págs. 73-74, 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 sólo por imprudencia sería responsabilidad por el resultado; aunque es ello 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 sólo 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, F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 134.

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 sólo 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 pensaran, cosa que no hacen, que la imprudencia simple no se integra en el dolo de peligro, o si se quiere, 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 sólo se diera simple, no apreciarían sólo el tipo básico doloso, sino éste en concurso ideal de delitos con el tipo culposo normal.

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

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

Sólo la postura de Geilen, edificada en torno a la exigencia de que la realización del peligro provenga «*inmediatamente*» del delito base, requisito para cuya comprobación estima que, del círculo de circunstancias que fundamentan la peligrosidad *ex ante* y que ha conducido, con la aparición del resultado, a la realización del peligro, ha de atenderse sólo a los elementos típicos abstractos del delito base, eliminando los momentos de peligro concreto que simultáneamente se dan, por más que estos últimos factores de peligro se hayan de considerar en el suceder global constitutivo del tipo, puede pensarse que atiende a un peligro abstracto y no concreto (92).

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, el dolo del delito base no abarcaría al peligro abstracto, desapareciendo el asidero sobre el cual constituyen estos autores su tesis del contenido de lo injusto adicional, ya que ella tiene su punto de partida en la pretendida constatación de que en el tipo básico doloso existe un dolo respecto al resultado material y un dolo de peligro respecto al resultado más grave.

Incluso si se aceptara la propuesta de Escrivá Gregori, de concebir los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro implícito, o de aptitud para la producción de un daño, exigiéndose la peligrosidad de la acción en el momento de su realización (93), planteamiento del que parece partir Geilen en la postura acabada de citar, no podría mante-

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 marcado, pues olvidan que en el tipo básico han alojado a un peligro doloso en todo caso, y éste presupone una situación de riesgo muy pronunciada, la propia del peligro concreto, desde luego mucho más marcada que la que exige la imprudencia, no sólo la simple, sino también la temeraria.

(92) Vid. GEILEN, op. cit., págs. 676-682. A la «conexión inmediata entre el resultado del tipo básico y la consecuencia más grave» llama también HIRSCH, *Leipziger Kommentar*. 9. Auflage. Walter de Gruyter, 1974, pág. 91, par. 224, y pág. 104, par. 226, pero un análisis cuidadoso de sus afirmaciones muestra que lo único que pretende es adoptar en los delitos calificados la teoría de la causalidad adecuada frente a la de la equivalencia de las condiciones. También GÖSSEL, op. cit., pág. 231, alude 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. Además, el requisito de peligro abstracto implica en él la identificación, incorrecta, entre previsibilidad objetiva y peligro abstracto.

(93) ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, 1976, págs. 72 y ss., 115-118; CERERO MIR, op. cit., páginas 401-402.

nerse 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 vistos (94).

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 a lo injusto de los delitos culposos (95). 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, pienso yo, 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 hablar-

(94) Efectivamente volvería a darse el doble juicio desvalorativo de acción, ahora entre el dolo de peligro abstracto y la culpa. Situación que en Geilen aún resultaría más insostenible, dado que parece estimar que, a nivel objetivo, el juicio de previsibilidad objetiva es en estos tipos siempre sobrepasado, llegándose a situaciones de peligro concreto. Vid. GEILEN, op. cit., págs. 676-682.

Nótese, por otra parte, a favor de la existencia del doble juicio en todos estos autores, que Geilen corrobora en buena medida nuestra tesis de un modo explícito cuando afirma que resulta difícil de distinguir ese peligro existente en el tipo básico, del juicio de imprudencia, de forma que lo que queda de éste, más allá de aquél, es algo rudimentario. GEILEN, op. cit., págs. 657, 675.

(95) El razonamiento de Oehler se encuentra en su obra *Das erfolgsqualifizierte Delikt als...*, op. cit., págs. 512-518. Se adhieren a sus posturas, MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Verlag C. F. Müller, 1967, pág. 18; STREE, *Zur Auslegung des par. 224, 226 StGB*. Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1960, pág. 292, entre otros. Postura sustancialmente idéntica en MEZGER, *Leipziger Kommentar*, op. cit. pág. 428 b-428 c.

se 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.

A la luz de todas las reflexiones precedentes, pienso que adquieren su auténtico significado afirmaciones como la de Lange (96) que señala que la exigencia de imprudencia no supone más que un «compromiso» de cara al principio de culpabilidad, pero no una auténtica instauración de éste, como la de Jakobs cuando advierte del peligro de estar ante un *versari* más o menos subjetivizado, pero *versari* (97).

En efecto, los autores estudiados, como señala Schubarth (98), parece que han partido de la idea de que las calificaciones por el resultado más grave si 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 culpabilidad (99), 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 Hirsch 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 a 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 de-*

(96) LANGE, op. cit., pág. 255.

(97) JAKOBS, op. cit., págs. 37-38.

(98) SCHUBARTH, op. cit., pág. 770.

(99) Es significativo a este respecto el marcado 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, op. cit., págs. 14-15. Sintomático es también que sea en el marco de posturas abolicionistas, que piden la supresión sin más de los delitos calificados por el resultado, donde se ha planteado, tras la instauración de la exigencia de culpa, la virtualidad de los argumentos basados en la prevención general. Vid. JESCHECK y MEZGER, en *Niederschriften...*, op. cit., págs. 247 y 255, respectivamente. Naturalmente, como hemos visto, ellos siguen vigentes entre los que preconizan el mantenimiento de los delitos calificados por el resultado en su forma original.

bido ya es por sí, antes de realizar sobre ella el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido, ilícita penal.

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.

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, sostendrá 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 grave (100). Y estima este autor que, dada la precedente situación, y para acercar más estos tipos al principio de culpabilidad, se han adoptado dos tipos de medidas, 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 base (101).

En mi opinión, las afirmaciones de estos autores 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 concreto (102), en coherencia con conocidas exigencias dogmáticas. La rápida réplica de Hirsch y Rudolphi (103) señalando que es preciso probar la inobservancia del cuidado objetivamente debido en cada caso en mi opinión es, 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

(100) De diversas afirmaciones de Jescheck, en Lehrbuch y Niederschriften, 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, idea esta última que se contradice con la simultánea observación que hace en todo momento, de que la lesión del deber de cuidado se da con la mera realización del tipo doloso, pues la lesión del deber de cuidado contiene dentro de sí la previsibilidad objetiva. Vid. JESCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 209-210, 463-464, 232, 234 y, del mismo autor, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 249-250. Además, lo ya citado antes respecto a su postura secundaria de sólo exigir causalidad adecuada. Aluden igualmente a la reducción práctica de la exigencia de imprudencia a la previsibilidad subjetiva, STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 1., 3. Auflage. Carl Heymans Verlag, pág. 297; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 495, mencionando una sentencia del Bundesgerichtshof en tal sentido.

(101) JESCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 210, 234, 467. Véase lo ya dicho respecto a estas dos actitudes.

(102) Vid. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal.* Traducción de José Cerezo Mir. Ariel, 1964, págs. 72-73.

(103) Vid. HIRSCH, op. cit., pág. 73, nota 44 a, y RUDOLPHI, op. cit., página 155.

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 estos autores estiman (104) 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 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 permitido (105).

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 existencia de un contenido de lo injusto adicional a los de los delitos doloso y culposo normales concurrentes.

III. LA SUPRESION DE LA CALIFICACION POR EL RESULTADO MAS GRAVE CULPOSO, Y LA REALIZACION DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Un importante sector doctrinal alemán no duda en afirmar que la vigencia del principio de culpabilidad sólo puede asegurarse suprimiendo totalmente los delitos calificados por el resultado (106). Postura que, a la luz de los razonamientos antes expresados, comparto.

(104) Y *exigen*. De ahí que la referencia al caso concreto sigue siendo válida.

(105) 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, op. cit., pág. 232-239 y SEEBALD, *Teilnahme am erfolgsqualifizierten...*, op. cit., páginas 166-167, 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, sólo 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, no consideran preciso atender a las circunstancias del caso concreto, bastando con las reglas generales de experiencia concretadas en un tipo. Vid. una crítica a tales posturas atendiendo a otros factores en HÄNLE, op. cit., págs. 46-50.

(106) Vid. *Alternativ-entwurf...*, op. cit. *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, 1970, pág. 45; STRATENWERTH, *Tendencias y posibilidades de una*

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

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 Art. 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 o culpa inconsciente, pero no en los supuestos en que se aprecia con culpa consciente. En ese sentido, Kaufmann dirá que en el par. 56 alemán se puede hablar de delitos calificados por el resultado sólo en la medida en que se abarca la culpa inconsciente (107).

Este autor nos dirá que la completa realización del principio de culpabilidad se logra sólo si, además del dolo referido al tipo básico, se exige la conciencia de la causalidad adecuada en relación a la consecuencia más grave; esto es, conciencia de que la conducta es apta para producir resultados cuestionables. Así, pues, dice, se exige un doble dolo: 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 grave (108).

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 lesión grave merece mayor pena (109). Los delitos calificados, dirá, son aquellos en que la producción de una consecuencia más grave agrava la pena, no siendo tal consecuencia abarcada por el dolo: Tales supuestos son sólo los de presunción de dolo, y tal presunción se da si al autor que produce un resultado más grave culposamente en el sentido del par. 56 (por tanto eventualmente sólo con culpa inconsciente) se le pone pena más alta por suponer que ha actuado con auténtico dolo (110).

Con tales planteamientos, ambos autores pasan a defender un tipo propuesto en el Alternativo en el que, según palabras de tal Proyecto,

reforma del Derecho penal, en *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, página 46; SCHUBARTH, op. cit., págs. 762-763; JESCHHECK, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 248; NOLL, *Diskussionsvotum an der Strafrechtslehrtagung vom 21. bis 23. Mai 1964 in Hamburg*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1964, pág. 711; SCHNEIDER, *Par. 56 StGB und die Strafrechtsreform*. Juristische Rundschau, 1955, pág. 415, entre otros.

(107) *Alternativ-entwurf...*, *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, op. cit., pág. 49; KAUFMANN, op. cit., págs. 244-245.

(108) KAUFMANN, op. cit., págs. 240-245, y, del mismo autor, en *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1970 in Regensburg*, de Jürgen Meyer. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1971, pág. 276.

(109) El primer uso del término «lesión» alude a lesión del bien jurídico, el segundo, a delito de lesiones.

(110) Vid. STRATENWERTH, *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1970 in Regensburg*, op. cit., págs. 275-276.

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, sigue el Proyecto Alternativo, que es un delito de resultado cometido con dolo de peligro, 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 riesgo (111).

Kaufmann y Stratenwerth dirán que el tipo en cuestión, el par. 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 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 consciente (112).

Discrepo de la pretensión de dejar reducidos los delitos calificados por el resultado a aquéllos en que basta el caso fortuito o la culpa inconsciente, refiriéndose la petición de supresión sólo 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 ámbito (113). 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 normales (114).

Por otro lado, si estos autores fueran consecuentes, deberían renunciar a la producción del resultado material más grave, y confor-

(111) *Alternativ-entwurf...*, *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, op. cit., págs. 48-49.

(112) KAUFMANN, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 276; STRATENWERTH, *Tagungsbericht...*, op. cit., págs. 275-276.

(113) HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 70 y, del mismo autor, *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtislehrtagung 1970 in Regensburg*, op. cit., pág. 278. En la misma línea, SIMSON, *Der Alternativentwurf zu den Straftaten gegen die Person*, *Juristenzeitung*, 1970, pág. 571.

(114) HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 73. Este autor, en todo caso 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. Vid. STRATENWERTH, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 276.

marse, dado el dolo de peligro, con la producción del resultado de peligro, como indica Hirsch (115).

No obstante, hay en mi opinión, al margen de los argumentos precedentes, sin duda muy dignos de consideración, otro que atiende directamente al núcleo del problema. Hay que poner de relieve que tanto Kaufmann, como Stratenwerth, y 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 objetiva (116). De modo especial, no se pueden equiparar, como hacen Stratenwerth, Kaufmann y el Proyecto Alternativo, la culpa consciente de lesión y el dolo de peligro (117). Y tampoco es insertable en el concepto de dolo de peligro el concepto de dolo eventual, como hace Stratenwerth. Estas, en mi opinión, confusiones dogmáticas, de modo destacado 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-culpa (118). Sin embargo, dado que culpa consciente de lesión o dolo de peligro no se identificaban, 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.

Hecho este inciso, 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

(115) HIRSCH, *Tagungsbericht...*, op. 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. Hirsch, a su vez, hace otras críticas intrasistemáticas, al recordar a los del Alternativo que se contradicen en la solución dada en el par. 110 abs. 2, con su actitud en el delito culposo en general, donde no distinguen en si el resultado se abarca con culpa consciente o inconsciente. Y también son incoherentes con la actitud tomada en el par. 100, que incluye la muerte dolosa eventual en el tipo de muerte dolosa en general, a diferencia de lo que hacen en par. 110. Vid. HIRSCH, *Hauptprobleme einer Reform des Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1971, pág. 159, nota 36 y, del mismo autor, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 279.

(116) Vid. WELZEL, op. cit., págs. 71 y ss.

(117) Vid. las definiciones recogidas precedentemente de estos conceptos, y la bibliografía allí citada.

(118) No se olvide por otra parte que, como hemos visto en el primer apartado de este trabajo, la mera combinación dolo-dolo no justifica sin más una pena superior a la resultante de penar los dos delitos dolosos por separado. Pero éste no es el problema ahora.

más grave. Esta solución, ya propuesta de antiguo por Radbruch entre otros, parece a estos autores que sólo puede adoptarse si se abandona previamente el principio de absorción como criterio determinante de la pena en el concurso ideal, principio que, actualmente, y desde hace tiempo, rige en el Código penal alemán (119).

Según tal principio, formulado ahora en el par. 52, la pena a imponer 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 (120). 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 que 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, que en Alemania toda propuesta de acudir al concurso ideal presuponga, *de lege ferenda*, la modificación de las reglas de éste, 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 absorción (121). Hecho incontestable que sólo palian afirmaciones como las de Schubarth que hacen 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 calificados (122).

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 grave (123). Propuestas que, en la medida en que han sido motivadas por

(119) Son partidarios de esta solución, propugnando la modificación del principio que regula el concurso ideal en Alemania, *Alternativ-entwurf... Besonderer Teil...*, op. cit., pág. 45; MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 255-257; JESCHKE, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 248; STRATENWERTH, *Tagungsbericht...*, op. cit., págs. 275-276; SCHUBARTH, op. cit., págs. 763, 776; NOLL, op. cit., página 711; SCHNEIDER, op. cit., pág. 415; KOFFKA, op. cit., págs. 244-245, parcialmente, entre otros.

(120) Vid. *Strafgesetzbuch mit den wichtigsten Nebengesetzen*, 47. Auflage. Verlag C. H. Beck, 1979.

(121) Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 67-68, y del mismo autor, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-161; F. C. SCHROEDER, op. cit., página 134; MAURACH-ZIPF, op. cit. pág. 496.

(122) Vid. SCHUBARTH, op. cit., págs. 772-773, 776.

(123) El Proyecto alternativo proponía, en par. 64, que este límite máximo fuera el resultante de añadir al límite máximo del marco penal del delito más

el deseo de suprimir los delitos calificados por el resultado, han sido criticadas por conllevar una elevación de las penas en los supuestos normales de concurso ideal por razones ajenas a ellos mismos (124).

Es importante hacer notar que este grave inconveniente con el que tropiezan los partidarios de la supresión de los delitos calificados en Alemania (125), no existe en España. Nuestro Código ha seguido de antiguo el principio llamado de la combinación, según el cual se impone la pena del delito más grave en su grado máximo (126), que, entre otras ventajas que enseguida veremos, logra evitar los inconvenientes del principio de absorción 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. El Proyecto de Código penal español de 1980 ha tenido el buen criterio de adoptar esencialmente el mismo sistema en el artículo 88, con la salvedad de que ya no remite, como el Código vigente, al tercio superior del delito más grave, sino a su mitad superior (127).

Ha sido Jescheck el que se ha ocupado con más detenimiento, una vez presupuesta la adopción del principio de exasperación, de analizar las consecuencias a 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 sólo 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

grave, la mitad de este límite. Vid. *Alternativ-entwurf..., Allgemeiner Teil...*, op. cit., págs. 122-125. JESCHECK, *Niederschriften...*, Anhang nr. 59. op. cit., página 163, propuso en las deliberaciones del Proyecto alemán de 1962, que el límite máximo del marco penal del delito más grave pudiera duplicarse, al igual que el Ministerio de Justicia Federal. *Niederschriften...*, Anhang nr. 63, op. cit., página 191.

El Código suizo vigente 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. Vid. su artículo 68 en «Code Penal Suisse». Chancellerie Federale, 1978.

(124) Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 67-68. Obviamente ahora no podemos ocuparnos de cuál sea, de modo general, el criterio resolutor del concurso ideal más adecuado.

(125) No en Suiza, como hemos visto.

(126) Vid. art. 71.

(127) Vid. *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, op. cit.

penales quedan muy rebajados respecto a los de los actuales delitos calificados, y a lo que es realmente procedente. Jescheck, en los supuestos político-criminalmente insostenibles, 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 problema de medición de pena, teniendo el juez el suficiente arbitrio para abarcar las peculiaridades de los casos aislados (128). 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 en cuestión (129). El problema, sin embargo, que también existe en Suiza dada la concreta formulación del principio de exasperación vista, intenta ser minimizado por Schubarth (130), señalando 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 conlleva el concurso ideal regido por la exasperación no se han hecho esperar, centrándose fundamentalmente en los bajos límites 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, debiendo acudir a diversos recursos adicionales para obviar tal inconveniente (131).

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 doloso (132). Y el acudir a los «casos

(128) Vid. JESCHECK, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 246-248.

(129) Vid. MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 255.

(130) Vid. SCHUBARTH, op. cit., pág. 774.

(131) Así DREHER, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 252; MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 255; SCHAFHEUTLE, op. cit., pág. 259; BALDUS, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 256; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, op. cit., pág. 245.

HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. 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 el límite mínimo del delito calificado por el resultado del vigente StGB; otras veces, y con cierta frecuencia, el límite mínimo son multas o penas privativas de libertad ínfimas, 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 enseguida veremos, no hay que olvidar, en todo caso, que 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).

(132) HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 69.

especialmente graves» ha recibido un aluvión de críticas, de la 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 pena es un ámbito mucho más sensible a la responsabilidad por el resultado (133).

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 en cuestión cuando no estén en concurso.

De nuevo la situación española es notablemente mejor. En el Código penal vigente, como en el Proyecto de 1980, el límite mínimo resultante de las reglas de concurso siempre será más alto que el del delito más grave cuando no esté en concurso ideal (134). 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 Proyecto, 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 supuestos de lesión con resultado de muerte, el tipo calificado establece penas que pueden ir de cuatro a ocho años o de dos a cuatro años, a tenor de los artículos 173 y 155: Si acudimos al concurso ideal, y partimos del supuesto más grave, esto es, mutilación de propósito del artículo 169 y homicidio culposo por imprudencia grave, del artículo 175, la pena será de seis años y seis meses a ocho años. Si partimos de una

(133) Y más teniendo en cuenta que estos autores, al suprimir delitos calificados suprimen también el par. 18.

Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 68, 69, 75, 77; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 134; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, op. cit., pág. 245; DREHER, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 252-253; BALDUS, op. cit., pág. 256.

Dado que la problemática de los «casos especialmente graves» está alejada de los planteamientos de nuestro actual Código penal, y del Proyecto de 1980, 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.

(134) Vid. artículo 71 del Código penal vigente y artículo 88 del Proyecto de Código penal de 1980.

lesión grave del artículo 167 y un homicidio culposo por imprudencia grave del artículo 175, la pena será de cuatro a seis años. Si partimos de una lesión del artículo 166, y un homicidio culposo por imprudencia simple del artículo 175, que es el supuesto prácticamente menos grave (a reserva del último inciso del artículo 166), la pena será, cuando más, de quince meses a dos años. Como se puede apreciar, resultan unos marcos penales que no son en absoluto objetables en lo que respecta a los límites mínimos, y, todo lo más, son susceptibles de crítica, aunque de escasa consideración, respecto a sus límites máximos, mostrando por lo demás los marcos penales una muy conveniente graduación según la gravedad de la conducta, graduación que quedaba reducida, y en todo caso al arbitrio del juez, en el delito calificado por el resultado (135).

Si atendemos al delito calificado del artículo 183 del Proyecto, de detención ilegal, rapto o secuestro con resultado de muerte, y que conlleva una pena de quince a veinte años, observamos que propone un marco penal considerablemente más alto que el del concurso ideal que, en el mejor de los casos, artículos 181, 2.º inciso, 1.ª parte, artículo 182, y artículo 175, 1.º párrafo, 1.º inciso, no pasa del marco penal de once a doce años. Sin embargo, ello no lo considero ningún demérito, dado que la elevada pena del artículo 183, totalmente desproporcionada con el contenido de lo injusto a que alude, no es más que una reminiscencia, remozada, del insostenible delito de sospecha del artículo 483 del Código penal vigente.

Las comparaciones hasta ahora hechas, sin ser exhaustivas, 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 Proyecto de Código penal español de 1980. Por lo demás, en los presu-

(135) Si atendemos a los supuestos de lesión con resultado de lesión más grave, y teniendo presente que esta calificación por el resultado queda en buena medida, pero no totalmente, desprovista de contenido, dado el delito determinado por el resultado del artículo 167, 2.º, siempre que se le siga considerando un caso de dolo genérico, la pena del delito calificado, si, por ejemplo, la lesión más grave resultante fuera una del artículo 169 no contenida en el artículo 167, 2.º, sería de dos años y seis meses a cinco años; o de un año y tres meses a dos años y seis meses. Con el concurso ideal, si la lesión dolosa fuera la del artículo 166, y la imprudencia grave, pena de 15 meses a dos años; con imprudencia leve, lo mismo salvo último inciso del párrafo dos, y párrafo tres del artículo 88; si la lesión dolosa fuera la del artículo 168, y la imprudencia grave o leve, pena de cinco a siete años. Los marcos penales resultantes son satisfactorios sin ninguna duda; incluso en este último supuesto, pues dado el elevado contenido de lo injusto que posee la conducta dolosa básica, la pena del delito calificado resulta baja. A soluciones también satisfactorias se llega con el concurso ideal, si el resultado más grave culposo es la producción de una deformidad importante, único supuesto del artículo 168, que, dada la vigencia del dolo genérico del artículo 167, 2.º, podría dar lugar a un delito calificado a tenor del artículo 173 (a reserva de sí, como hace parte de la doctrina, en el «de propósito» se entiende sólo dolo directo).

SUÁREZ MONTES, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1981. Págs. 795 y ss., considera que el art. 173 del Proyecto no recoge un delito calificado por el resultado más grave, sino un homicidio y unas lesiones preterintencionales.

miblemente escasos supuestos en que no se llegara a resultados satisfactorios, lo que procedería sería, dado el contexto *de lege ferenda* en que nos movemos, realizar un ajuste de los marcos penales afectados. antes que comprometer el avance que supone, de cara al principio de culpabilidad, la supresión de los delitos calificados.

No ha de olvidarse, asimismo, lo acertada que resulta la salvedad, ya existente en el artículo 71 del Código penal español vigente y que perdura en el artículo 88 del Proyecto, que prohíbe imponer, como consecuencia de las reglas de concurso, una pena superior a la suma de las penas de los delitos por separado. 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 ideal (136), hay una que merece 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 dolosa (137). Como tuvimos ocasión de ver, en el Proyecto de Código penal español de 1980 tal situación se presenta en los artículos 163 p. 2, 299 p. 3 y 300 p. 2, pues la conducta creadora de un peligro concreto para la vida o salud de la embarazada, o la que pone en peligro concreto la salud o vida del menor, o la salud o moralidad de éste, no constituyen delitos independientes, en los artículos 462, 466..., entre otros.

Evidentemente, una posible solución del problema, ya propuesta por Jescheck (138), sería considerar que la pena del tipo básico doloso ya es suficientemente alta y dejar impune, al destipificarla, la conducta calificada en estos casos.

(136) Así, HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 69 y, del mismo autor, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-161; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 134, aluden a que en Alemania, si se suprimen los delitos calificados, el delito de lesiones graves culposas quedaría impune, situación que, aparte de la solución parcial que SCHUBARTH, op. cit. págs. 772-773, da desde dentro del Código penal alemán, en España tiene perfiles bien distintos, pues, como hemos visto en Nota anterior, el Proyecto contempla las lesiones graves culposas cabiendo concurso ideal con lesiones dolosas, a salvo siempre el ámbito de acción del delito determinado por el resultado del artículo 167, 2.º.

La crítica de HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 70-71, y, del mismo autor, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-61; y KOFFKA, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 257, a la que dieron pie unas afirmaciones de MEZGER, *Niederschriften...*, op. 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 penen 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, tal crítica, digo, aparte de merecer ciertas objeciones hechas por SCHUBARTH, op. cit., págs. 773-774, dentro del propio contexto alemán, ignora que una cosa son los delitos complejos y otra los delitos calificados por el resultado.

(137) Vid HIRSCH, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-161. JESCHECK, como ya hemos hecho notar, también ha visto el problema.

(138) Vid *supra*.

Veamos, sin embargo, otro modo de proceder jurídico penalmente, 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. Quizá ella nos aporte soluciones que pudieran complementar a la del concurso ideal, solución esta última que desde luego se perfila como muy adecuada en el contexto del Proyecto de Código penal español de 1980.

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 tipos como el par. 223 alemán, en la medida en que alude a comportamientos peligrosos para la vida partiendo de un delito de lesiones (139).

Gallas, por su parte, que mantiene una doble postura en esta cuestión, manteniendo para algunos supuestos los delitos calificados exigiendo 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 alta (140). Asimismo, Blume

(139) LANGE, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 255-256, 259. Esta postura de Lange está ya casi totalmente desembarazada, probablemente por moverse en 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 artículo 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 ya que a partir de ellas desarrolló Oehler, más allá de lo pretendido por Lange, su idea de que la peligrosidad de la acción básica era la que dotaba de un mayor contenido de lo injusto y de la culpabilidad a estas conductas, lo que luego, con modificaciones sobre todo en función del concepto personal de lo injusto, se convirtió en opinión mayoritaria. Sin embargo, como digo, adolecían de graves defectos ya que, con la pretensión inmediata de sustituir en estos casos la teoría causal de la equivalencia de las condiciones por la de la causalidad adecuada equiparaba el juicio de causalidad adecuada con el de inobservancia del cuidado objetivamente debido y a renglón seguido éste con el juicio de peligro, terminando por afirmar la existencia de un dolo de peligro respecto al resultado más grave en todos los supuestos. En realidad, tal interpretación ya la empezó a esbozar en *Der gemeingefährliche Rausch. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, pág. 583, nota 47. Criticaron esas equiparaciones, aunque sólo parcialmente, pues se siguió dando por buena, entre otras, la confusión entre culpa consciente de lesión y dolo de peligro MEZGER, *Leipziger Kommentar*, op. cit., págs. 428b-428c; MÜLLER-DIETZ, op. cit., pág. 17; OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als...*, op. cit., págs. 517-518; SEEBALD, op. cit., págs. 165-166.

(140) GALLAS, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 257.

(141) sostendrá que la regulación legal debería partir de la magnitud del riesgo en que el autor pone culpablemente a sus víctimas, con independencia del resultado producido, y Schneider manifestará que la idea fundamental de estas figuras debiera ser el peligro producido dolosamente, desligado del resultado más grave producido, proponiendo reducir toda la casuística de los delitos calificados por el resultado a dos figuras, un tipo genérico de peligro individual y un tipo genérico de peligro colectivo, debiéndose castigar más duramente la causación culposa del resultado más grave de lesión a través de un concurso ideal que agudice las penas (142).

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 correctamente (143). Sorprende, sin embargo, tal objeción y más 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 ésta que ha de estar necesariamente bien descrita. De ahí que baste con aludir a que con tal acción se cree una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave.

Se alega también que los tipos de peligro conllevan una ampliación de la punición, cosa que el legislador sólo hace si el delito de lesión no basta para la protección (144). 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 asegurar la no producción de ese resultado más grave. Además, la pena será menor que la de los delitos calificados, ya que sólo se valorará el contenido de lo injusto del peligro.

Las afirmaciones de algún autor relativas a que esta solución no resuelve nada, pues lo que preocupan son los supuestos en que se produce el resultado más grave (145), 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 resultado (146).

(141) BLUME, *Erfolgstrafrecht heute?*. Neue Juristische Wochenschrift, 1965, págs. 1261-1262.

(142) SCHNEIDER, *Par 56 StGB und die Strafrechtsreform*, Juristische Rundschau, 1955, págs. 414-415.

(143) Vid. BALDUS, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 258; KRILLE, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*. Allg. Teil. 2. Band. Bonn, 1958, pág. 257.

(144) Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 72.

(145) Vid. SCHAFHEUTLE, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 259.

(146) La afirmación de HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 73, relativa a que con la propuesta de Lange quedan fuera los supuestos de culpa inconsciente

Como hemos visto antes, la solución del concurso ideal encuentra en el Proyecto de Código penal español de 1980 escasas dificultades para su puesta en práctica, y esto es lo decisivo, llega a soluciones dogmáticamente correctas. Es tal solución la que pienso ha de adoptarse.

No obstante es susceptible de algunos perfeccionamientos a través, precisamente, de la creación de tipos 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 estas conductas sin incidir simultáneamente en el error de afirmar que estamos ante un contenido de lo injusto adicional al propio 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 (147). 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 la media docena de sitios del Código en donde suelen aparecer los delitos calificados, o en los lugares de entre ellos que se considerara más preciso, aludiendo en cada caso al tipo básico doloso (148) correspondiente, y al peligro

respecto al resultado más grave nos muestra cómo Hirsch 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. La confusión también se aprecia cuando afirma, pretendiendo hacer resaltar la relevancia del resultado, que éste se tiene también en cuenta en los delitos culposos con culpa consciente, n los qu también se abarca un peligro concreto doloso. Vid. HIRSCH, *Ibidem*, pág. 72.

(147) La medida en que estos tipos compuestos merecerían el calificativo de delitos complejos es algo que queda fuera de nuestras consideraciones.

(148) O varios tipos básicos dolosos similares; véase el método utilizado, aunque para un delito calificado, en el artículo 183 del Proyecto de Código penal español de 1980.

concreto que en tales lugares preocupa (suele ser el de 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 incluidas 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, ésta 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 cuando 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 material (149), 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, culposo (150), 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 precedente 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 sólo entonces, si no existiera tal delito compuesto, quedaría sin apreciar lo «peculiar» de estas conductas, a que antes hemos aludido (151). 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

(149) Siempre que se produzca el resultado más grave, claro. De lo contrario, sólo se apreciará el tipo básico doloso.

(150) Como sucede en el art. 340 bis a), párrafo tercero, del Código penal español, si bien utilizando, en contra de un sector doctrinal, el criterio de la alternatividad en lugar del más correcto de la consunción.

Vid. líneas más abajo lo que digo sobre la cuantía de la pena en el delito compuesto.

(151) 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...*, op. cit., pág. 72 y, del mismo autor, *Hauptprobleme...* op. 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.

dogmático, la solución del concurso ideal. Esa es, en mi opinión, su principal virtud.

Por otro lado, aunque en un plano secundario, indica un posible camino para resolver aquellos supuestos ya vistos en que la supresión de los delitos calificados por el resultado y del artículo 3.º del Proyecto en su segundo inciso, deja en el aire determinadas calificaciones que no constituyen por sí solas un delito independiente. Así los artículos 163, núm. 2,299, p. 3 y 300, p. 2, que resultaban problemáticos con la solución estricta del concurso ideal, adquirirían un significado coherente y ejemplificador respecto a esos tipos compuestos de peligro concreto por crear (152). Efectivamente, tales artículos podrían interpretarse como tipos compuestos de delito doloso de resultado material y delito doloso de peligro concreto, 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 material*.

De todas formas, hay que ser consciente de que la decisión de suprimir los delitos calificados del Proyecto exigiría quizá determinadas modificaciones en los tipos. Ni siquiera los preceptos acabados de mencionar quedarían indemnes, así el tipo compuesto del 163, 2.º, debería revisarse en su penalidad frente a la resultante del concurso ideal entre tipo básico doloso y delito culposo de resultado material, y el 300, 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, así los artículos 462, 466... La medida en que, en especial en los dos últimos supuestos, sería conveniente proceder o no a una revisión de los tipos, de forma que la conducta calificadora constituyera ya por sí sola siempre delito o lo constituyera también cuando sea culposa, es algo que debe resolverse en cada situación en particular, existiendo serias dudas relativas a que siempre fuera precedente.

En todo caso, lo anterior no supone un obstáculo a mi propuesta. En el marco de «lege ferenda» en que nos movemos, pienso que la ponderación de las ventajas que tal solución aporta, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de todo este trabajo, frente a los inconvenientes de una eventual revisión de tipos, en todo caso, muy delimitada, inclina claramente la balanza a mi favor.

ADDENDA

El Consejo de Ministros de 2 de febrero de 1983 ha acordado el envío a las Cortes de un proyecto de reforma parcial del Código penal en el que se modifica el artículo 1.º del vigente Código, de forma que el último inciso proyectado del citado artículo recoge *literalmente* el inciso del artículo 3.º del Proyecto de Código penal de 1980 por nosotros aquí estudiado.

Por consiguiente, toda la problemática tratada en las páginas precedentes adquiere una mayor significación dada la inminencia de la discusión parlamentaria de la aludida reforma parcial.

(152) El art. 167, 1.º, del Proyecto de Código penal, al ser un supuesto de peligro abstracto, no se adapta a nuestros fines.