

Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado

ALFONSO CARDENAL MURILLO

Profesor Titular Interino de Derecho penal. Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

La doctrina acepta, en términos generales, que existe delito cualificado cuando la pena se encuentra determinada por la ulterior producción de un resultado más grave, que se superpone a la realización de un delito base inicial. No resulta pacífico, sin embargo, el entendimiento de la relación en que deben hallarse resultado ulterior más grave y delito base, o el modo en que aquél ha de haber sido abarcado por el autor, ni de las posibles circunstancias concomitantes que convierten al delito cualificado en un delito de naturaleza distinta a la de aquellos otros por los que está configurado.

El concepto de delito cualificado por el resultado fue elaborado por la dogmática tradicional atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallaban descritos. Y es éste, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho español, a modo de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito (1). Ello representaba una manifestación característica de la antigua responsabilidad objetiva, un reflejo del *versari* en las *partes especiales* de los Códigos penales modernos, que infringía sin duda el principio de culpabilidad, y que dio lugar a la tendencia gene-

(1) Vid., a título de ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 17-18; HUERTA TOCILDO, S., *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pp. 98 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 32 y ss.; cfr. también en la doctrina alemana anterior a la reforma de 1953, LÖFFLER, K., *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, 1895, pp. 268 y ss., con indicaciones bibliográficas en la nota 26; RADBRUCH, G., *Erfolgshafung*, en «Vergleichende Darstellung. A. T.», T. II, 1908, pp. 333 y ss.

ralizada favorable a una reforma que recondujese estos casos, así como cualquiera otra posible manifestación de responsabilidad objetiva, al respeto del mencionado principio. Es de todos conocida la exigencia formulada en este sentido por los autores alemanes anteriores a la 3.^a Ley de Reforma del Código Penal alemán (2). De igual modo, puede percibirse este mismo sentir en la doctrina española anterior a la reforma de 1983 (3).

Cuando, en 1953, se introduce en el Código Penal alemán el § 56 (actual § 18), la noción de delito cualificado por el resultado sufrirá una paralela transformación, al determinarse ahora que la *consecuencia especial* que determina una pena más grave ha de ser imputable al autor o al partícipe *al menos por culpa*. Ello obligará a excluir del concepto de delito cualificado los supuestos en que el hecho resultaba sólo imputable a título de caso fortuito. No obstante, la doctrina seguirá utilizando «inadecuadamente», si bien a conciencia, la misma terminología (4). Así, la doctrina alemana afirmará, prácticamente de modo unánime, que hay delito cualificado siempre que el hecho pueda ser encuadrado en el actual § 18, lo que significa reconocer *a priori*, desde un plano formal, cuatro posibles combinaciones entre

(2) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, T. II, trad. por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957, pp. 43 y ss.

(3) Entre otros, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. PG*, Madrid, 1949, pp. 228 y ss.; PEREDA, J., *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en «ADP», 1956, pp. 213 y ss.; QUINTANO RIPOLLES, A., *Curso de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1963, p. 216; RUIZ VADILLO, E., *Desviaciones al principio «no hay pena sin culpabilidad» en el Código Penal español*, en «Libro Homenaje al R. P. Julián Pereda», núm. monográfico de la revista «Estudio de Deusto», 25-26, Bilbao, 1965, pp. 669 y ss.; DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho penal español. Parte General*, Vol. II, Madrid, 1972, pp. 165 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1976, p. 375; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte General*, Vol. II, 17.^a ed., Barcelona, 1975, p. 617.

(4) Algunos autores así lo han señalado, expresa o tácitamente, al proponer una nueva denominación para los casos a los que ahora resultaría aplicable el § 18 del StGB alemán o el artículo 1.2 del Código Penal español. Vid., a título de ejemplo, MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. por J. Córdoba Roda, T. II, Barcelona, 1962, pp. 183, 228, etc., quien prefiere hablar de «delitos cualificados por el resultado culposamente causado»; aunque correcta la traducción de Córdoba, los términos empleados por Maurach: «durch hinzutretende Fahrlässigkeit qualifizierten Erfolgsverbrechen» (*Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Karlsruhe, 1971, p. 158) se corresponden literalmente con los de «delitos de resultado cualificados por imprudencia sobrevenida»; QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, pp. 32 y ss., quienes consideran que la denominación de delitos cualificados es más apropiada para referirse a la problemática de la responsabilidad objetiva.

Otros autores, como STRATENWERTH, G., *Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho penal*, en «Política criminal y reforma del Derecho penal», Bogotá, 1982, p. 302, siguen refiriéndose con el término de «delitos cualificados» sólo a los casos (rechazables) en que el resultado ulterior es imputable a título fortuito o a imprudencia inconsciente, en el mismo sentido que se pronunciaron los autores del Proyecto Alternativo alemán (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer T., Straftaten gegen die Person I*, Tübingen, 1970, p. 49).

el *delito base* y la *consecuencia especial* o resultado más grave (5): 1.º Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso. 2.º Tipo básico culposo y resultado cualificado culposo. 3.º Tipo básico doloso y resultado cualificado culposo. 4.º Tipo básico culposo con resultado cualificado doloso (6), aun cuando esta última modalidad no ha sido considerada por el legislador en ninguna ocasión (7).

Desde una consideración material se ha alegado que la estructura típica (en sentido no técnico) de esta clase de delitos será la configurada por el tipo doloso, como delito base, y el tipo imprudente en cuanto a la consecuencia ulterior (8), única modalidad a la que hacen referencia las reflexiones que siguen, por considerarse la más utilizada en la práctica por el legislador, y aquella de la que la doctrina habitualmente se ha ocupado. Sólo una vez determinada la naturaleza de los casos de estructura dolo-culpa, procedería analizar las otras modalidades de delitos cualificados; no obstante, la extensión ya de por sí amplia de esta primera problemática, y la escasa relevancia práctica de las restantes modalidades, excusa en cierto modo prescindir de su estudio.

II

Un sector muy amplio de la doctrina penal alemana, con posterioridad a la reforma del § 56 StGB, se manifiesta partidario de admitir los delitos cualificados por el resultado en su concepción actual (el resultado más grave necesariamente debe ser abarcado al menos por culpa), dado que, una vez excluido conceptualmente el resultado fortuito, estos delitos se muestran completamente respetuosos con el prin-

(5) QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, pp. 36-37, mantienen en cambio que la expresión «al menos, por culpa» no es más que un recurso lingüístico del legislador para establecer el requisito de la concurrencia de imprudencia, pero no el reconocimiento de la posibilidad de que se permita una modalidad de delito cualificado distinta de la combinación dolo-culpa. En contra de esta opinión, aunque de modo crítico respecto a la formulación legal del artículo 1.2, SUAREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1*, en «Comentarios a la Legislación penal (La reforma penal de 1983)», T. V, Vol. I, Madrid, 1985, pp. 43 y ss.

(6) Los autores alemanes aluden a todas estas modalidades, excluyendo la de estructura culpa-dolo. *Cfr.*, por todos, HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts*, en «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1972, pp. 65-66; GÖSEL, K. H., *Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB*, en «Festschrift für Richard Lange», Berlin-New York, 1976, pp. 219-220 y 238-239, y DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos calificados por el resultado y el artículo 3 del Proyecto de Código Penal de 1980 (I)*, en «ADP», 1982, pp. 629 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 270, nota 47.

(7) DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (I)*, p. 629, nota 5.

(8) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, en «GA», 1972, p. 66; en análogo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, pp. 36 y 37.

cipio de culpabilidad (9). En España, tras la reforma de 1983, pese a resultar aún pronto para extraer conclusiones, parece prevalecer la tendencia a rechazar la técnica de los delitos cualificados (10).

El estado de opinión generalizado en Alemania no ha impedido que se hayan producido algunas críticas, basadas en la consideración de que en los delitos cualificados, pese a la exigencia de cuando menos culpa con respecto al resultado, sigue observándose un núcleo de responsabilidad objetiva (11). No existe, en opinión de algunos autores, una razón jurídica suficientemente fuerte que justifique la mayor

(9) Vid., por todos, OEHLER, D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm*, en «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1954, p. 33; HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, en «GA», 1972, p. 75; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, T. I, Frankfurt, 1983, comentario al § 18, núm. marg. 1; RENGIER, R., *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986, p. 60.

(10) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, p. 35, quienes sustentan que sería más adecuado el recurso a la técnica concursal. El primero sigue manteniendo la misma opinión en su *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1986, p. 282; SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados...*, p. 51, se muestra vacilante, pues si bien aquí se pronuncia partidario de la supresión, con anterioridad a la reforma, en su artículo *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980* (en «ADP», 1981, p. 824), lo había hecho a favor de la técnica de los delitos cualificados (cfr., también de modo vacilante, en *Los delitos cualificados por el resultado en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, en «Rev. Fac. de Derecho de la Univ. Complutense», monográfico núm. 6, Madrid, 1983, pp. 627 y ss. y en especial las pp. 639 y ss., donde por razones técnicas admite la conveniencia de conservar algunas modalidades de los delitos cualificados).

También con anterioridad a la Reforma, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del Proyecto de Código Penal de 1980* (11), en «ADP», 1983, pp. 112 y ss., se pronunció en contra. En este mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, en «Doctrina penal», 1984, pp. 655 y 657; OCTAVIO DE TOLEDO, E., y HUERTA TENCHIDO, S., *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 113 y ss.; CEREZO MIR, J., *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, en «La Ley» (4-04-1988), p. 4, columna 1.^a

Finalmente, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal suprime el actual artículo 1.2 (inciso segundo). Sin embargo, a pesar de inclinarse aparentemente por la tesis del concurso (cfr. SUÁREZ, R. F., *Los delitos... en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, p. 620), acude aún en ocasiones a la técnica de los delitos cualificados, con el inconveniente de haber suprimido la fórmula del artículo 1.2 (vid., SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos... en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, pp. 632 y ss. y 639).

(11) SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados...*, p. 48; BLUME, E., *Erfolgsstrafrecht heute?*, en «Neu Juristische Wochenschrift», 1965, p. 1261; LORENZEN, C., *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981, pp. 162 y ss. Otros autores rechazan también la vigencia de los delitos cualificados, pero entendiéndolos sólo por tales aquellos en que el resultado es imputable a título fortuito o a imprudencia inconsciente, así STRATENWERTH, G., *Tendencias...*, y los autores del *Alternativ-Entwurf...*, *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person* (Erster Halbband), 1970, p. 45.

Otros consideran que, pese a no infringir el principio de culpabilidad, sería más coherente con los principios que rigen la estructura de los códigos actuales no recurrir a la técnica de los delitos cualificados. Cfr. SCHUBARTH M., *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1973, p. 767.

penalidad que estos delitos habitualmente prevén. Los partidarios de su mantenimiento alegan, por el contrario, que las penas impuestas, superiores a las que resultarían de añadir a la pena correspondiente al delito doloso la del delito culposo en relación de *concurso ideal*, se debe a la presencia en ellos de un injusto adicional que no puede ser abarcado con la mera aplicación de la normativa concursal; reconocen, sin embargo, que a veces las asignadas por el legislador resultan del todo excesivas, lo que, en ocasiones, podría dar lugar a dudas sobre si el principio de culpabilidad, aunque no infringido, quedaría plenamente realizado (12).

Podría incluso afirmarse, entrando en detalles, que de hallarse algún supuesto con una pena asignada superior a la que correspondería de aplicar el principio de proporcionalidad del sistema (13), habría que reajustar el marco penal en la medida en que se estimase necesario, para evitar la infracción del principio de culpabilidad. Consecuentemente, resultará obligado establecer, en atención a la naturaleza de los delitos cualificados y al principio de proporcionalidad, los límites dentro de los cuales le está permitido moverse al legislador, a menos que quiera infringir el principio de culpabilidad (si no en sentido formal, sí en sentido material) (14).

Los partidarios del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado fundamentan los marcos penales superiores en un injusto adicional que se advertiría en esta clase de delitos. Ello no significa necesariamente que en todos los casos a los que resulta formalmente aplicable el § 18 del StGB alemán o el artículo 1.2 del Código Penal español quepa apreciar este injusto adicional; puede ocurrir incluso que algunos de ellos, pese a contener dicho injusto adicional y pese a respetar las exigencias de los preceptos señalados, sobrepasen el marco punitivo que debería corresponder a su injusto, lo que al fin y al cabo podrá corregir el legislador. El problema que aquí se plantea es el de la legitimidad, en abstracto, de la técnica de los delitos cualificados, así como el de sus límites; no, en cambio, el estudio particularizado de cada una de sus modalidades y la crítica de su regulación individualizada.

Respecto a los supuestos de estructura dolo-culpa, señala Rudolphi que la pena resultante en el delito cualificado puede ser mayor que la que se obtendría de la mera adición entre la correspondiente al delito culposo y al delito base, dado que el resultado más grave es considerado como la realización de un riesgo contenido de modo ca-

(12) Vid. HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, p. 75; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, A. T., T. 1, comentario al § 18, núm. marg. 1.

(13) QUINTERO OLIVARES, G., *Acto, resultado y proporcionalidad (aportación a la reforma del Código Penal español)*, en «ADP», 1982, pp. 383 y ss.

(14) Vid. *infra* el apartado IV, donde se estudia la problemática de los «Límites del marco penal en los delitos cualificados por el resultado».

racterístico en el delito base (15). Dicho de otro modo, el autor que ha producido el resultado lesivo más grave por imprudencia, al ejecutar el delito base doloso, ha infringido un deber que sobrepasa el desvalor de acción contenido en la mera causación culposa del resultado más grave.

La consideración sobre el mayor desvalor de injusto que contiene la situación de riesgo es en principio correcta, siempre que —como hace el propio Rudolphi— se acentúe su relación con el delito doloso base; es decir, que, en atención al mayor peligro de que se produzca el resultado lesivo en determinadas situaciones «típicas» (lesiones-lesiones más graves), el legislador realiza una llamada de atención al autor del hecho base, imponiéndole un «especial deber» en orden a que preste una mayor atención para evitar realizar la situación de riesgo del resultado más grave, que tiene mayor probabilidad de producirse que en condiciones normales (16). Y este especial deber se ve infringido cuando el autor abarca subjetivamente los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo, independientemente de que se haya o no representado en el caso concreto la producción del resultado ulterior. En cambio, si se prescindiera, al apreciar la situación de riesgo, de la conexión con el delito base, desaparecería la fundamentación del injusto adicional que determina la mayor gravedad de la conducta frente a la mera causación imprudente del resultado lesivo, porque entonces la situación de riesgo (apreciada subjetivamente por el autor) configuraría sin más el tipo de injusto del delito imprudente común.

Oehler (17) sitúa el fundamento de la mayor punición en el ámbito del delito doloso base, pues es el peligro (unido a la acción dolosa) para el objeto lesionado lo que determina la agravación de la penalidad en los delitos cualificados por el resultado. En definitiva, también hace recaer en el mayor desvalor de injusto el fundamento de mayor punición de estas conductas, sin que importe a estos efectos que, como ha señalado Díez Ripollés (18), se produzca la doble valoración de un mismo elemento del injusto (la situación de riesgo), una para fundamentar el mayor desvalor de acción en el delito doloso base y otra para configurar el injusto del delito imprudente (19).

(15) RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, A. T., T. I, comentario al § 18, núm. marg. 1.

(16) En sentido análogo, HARDWIG, W., *Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt*, en «GA», 1965, p. 100. Sin embargo, debe rechazarse la idea que, al hilo de esta consideración, late en Hardwig, relativa a un *núcleo de verdad del versari*, la cual le llevará a afirmar que en estos delitos no hacía falta haber introducido la exigencia de imprudencia respecto al resultado ulterior (cfr., pp. 99 y ss.).

(17) OEHLER, D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, en «ZStW», 1957, p. 514.

(18) DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, en «ADP», 1983, p. 109. Vid. *Infra*, donde se rechaza esta objeción de Díez Ripollés.

(19) OEHLER, D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt...*, 1957, p. 512, si bien para él

Hirsch, que en buena medida sigue a Oehler, mantiene que, si en términos generales puede hablarse de delitos dolosos que contienen una peligrosidad general respecto a la producción de ulteriores resultados característicos más graves, en sentido más preciso cabría realmente distinguir dos grupos. En primer lugar, el más genérico, en el que un delito doloso puede conllevar una consecuencia fáctica previsible por el autor; cuando ésta efectivamente se produjese, el desvalor de acción de la conducta realizada por el sujeto quedaría suficientemente abarcado con la aplicación del concurso ideal entre ambas conductas (lo que llevaría a determinar la pena a través del marco del delito doloso). Y otro grupo, más específico, compuesto por los delitos cualificados; en ellos, el riesgo peculiar que contiene la lesión realizada dolosamente, puesto en relación con la consecuencia más grave previsible, exigirá una agravación de la pena del tipo doloso, que no será posible cubrir con el marco penal de éste (marco que establece el concurso ideal de delitos). En tales casos, según Hirsch, la mayor agravación punitiva encuentra justificación en el hecho de que el grado de riesgo que despliega la acción peligrosa insita en el tipo doloso, no es abarcado o consumido en su totalidad por el delito culposo (común) (20).

La peculiaridad del delito cualificado por el resultado, determinante de su esencia, residiría en el riesgo de consecuencias más graves, contenido de modo inherente y típico en el delito base. La penalidad derivada del concurso ideal (marco del delito doloso básico) no sería suficiente para castigar el desvalor total de acción (21). En cualquier caso, debe tratarse de un riesgo específico del tipo básico, en «relación inmediata» con (y no «con ocasión de» realizar) éste. Por ejemplo, en el § 226 StGB se alude al riesgo de muerte inherente a las lesiones producidas; en el § 239 (resultado muerte en una detención ilegal), el riesgo específico consiste en que el detenido perezca de hambre o de frío (22).

En sentido análogo se pronuncia F. C. Schröder, quien señala como fundamento de la mayor punición el hecho de que el peligro inherente al tipo doloso constituye una imprudencia merecedora de especial castigo (*Leichtfertigkeit*), sobre la base de la lesión consciente del deber que la misma implica, situación debida a que el juicio de previsibilidad se halla contenido en el delito base doloso (23).

la inobservancia del deber objetivo de cuidado pertenece al ámbito de la culpabilidad; no al del injusto.

(20) Vid. HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, pp. 71 y 77.

(21) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, p. 71.

(22) Vid. HIRSCH, H. J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en «Festschrift für Dietrich Oehler», Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, pp. 130 y ss.

(23) SCHRÖDER, F. C., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, T. 1, Berlin/New York, 1985, comentario al § 18, núms. marginales 34 y 35.

No obstante, matiza Schröder, este fundamento de mayor punición, aplicable únicamente a los delitos cualificados de estructura doloculpa, no lo es a todos los tipos de delitos cualificados vigentes. En realidad, estos casos, a su juicio, podrían constituir un supuesto de concurso ideal, siempre que éste determinara una asperación de la pena; aunque ello supondría la inadecuada introducción del principio de asperación para todos los casos de concurso ideal (24).

Tampoco Jescheck, pese a no contarse entre los partidarios decididos de los delitos cualificados, se muestra contrario a su permanencia en su configuración actual (25). Poco después de redactarse el § 56 de la 3.^a Ley de Reforma del Código Penal alemán, mantuvo que, de aceptarse la permanencia de los delitos cualificados por el resultado, debía introducirse en su regulación la idea de la adecuación, por ser la más correcta político-criminalmente; proponiendo que se redactara el § 56 con el siguiente texto: «Si la ley vincula a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, ésta afectará al autor sólo cuando el hecho sea apropiado según las reglas de la experiencia para producir dicha consecuencia» (26). La idea de adecuación no es manejada por Jescheck como criterio causal, sino como criterio de atribución jurídica sobre la base de la teoría de la probabilidad (27).

Con posterioridad, en su *Tratado*, manifiesta de nuevo que la exigencia al menos de culpa (actual § 18) en la producción del resultado ulterior, mantiene a este tipo de delitos dentro del principio de culpabilidad (28). Sin embargo, según Jescheck, la nueva exigencia de imprudencia se reduce, en los delitos cualificados, a la previsibilidad objetiva del resultado (29), pues la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto a la consecuencia más grave está ya contenida en la realización del tipo básico doloso. De aquí la exigencia jurisprudencial de la relación de inmediatez entre resultado ulterior y la comisión del delito base, dado que el fundamento de la pena en estos

(24) SCHRÖDER, F. C., *Leipziger Kommentar*, comentario al § 18, núms. marginales 34 y 35.

(25) De otra opinión DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (I)*, pp. 647 y ss., quien considera que Jescheck se muestra partidario, frente a la regulación actual, de retrotraer la regulación de los delitos cualificados a la situación anterior a la reforma del 1953. En contra de esta opinión, cfr. *infra* la nota 29, en la que se recoge la opinión actual de Jescheck relativa a la tesis sugerida por él años antes (en *Niederschriften*) y en base a la que Diez Ripollés conformó tal opinión.

(26) Vid. JESCHECK, H. H., *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, T. II, Allgemeinen Teil, Bonn, 1958, p. 250.

(27) Vid. JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, pp. 249 y ss.

(28) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. I, trad. por S. Mir Puig y Fco. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 355 y ss.

(29) No obstante, reconocerá que la restricción de los delitos cualificados a la relación de adecuación resultaría menos compatible con el principio de culpabilidad que la exigencia de imprudencia del actual § 18, cfr. JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. II, p. 787, nota 49.

delitos radica en el peligro específico que conlleva el delito base (30). No se muestra partidario, sin embargo, de la gravedad punitiva asignada a este tipo de delitos, que en ocasiones sobrepasa notablemente la correspondiente a la pura culpabilidad imprudente, lo que invita a dudar de su compatibilidad con el principio de culpabilidad (31).

Reflejo de que el fundamento de este tipo de delitos se encuentra en la especial gravedad del peligro inherente al delito doloso base es la exigencia, cada vez más frecuente, por parte del legislador, de que concurra imprudencia temeraria respecto del resultado ulterior; lo que, en opinión de Jescheck, permite vincular más estrechamente estos delitos al principio de culpabilidad (32).

Nota, pues, común a los defensores de los delitos cualificados es la integración en el tipo básico doloso del peligro del resultado más grave, cuyo desvalor global de injusto sobrepasa al que resultaría de apreciar, en relación de concurso ideal con el tipo básico doloso, el tipo imprudente del resultado más grave. Pero con ello no se habría caracterizado aún suficientemente la naturaleza del delito cualificado, siendo necesario, además, determinar la razón de tal injusto adicional. Este se fundamentará, bien en la transformación del tipo base doloso, por el peligro inherente al mismo (que sólo se tendría en cuenta a efectos de agravación de la pena en el caso de concurrir efectivamente la producción del resultado), bien en que la situación de riesgo, al producirse en conexión con el delito doloso base, transforme el injusto imprudente en uno de especial gravedad.

La doctrina alemana, sin perder de vista la segunda posibilidad, parece inclinarse más bien a favor de la primera (33), acaso movida por razones de orden práctico, tendentes a justificar la elevación del límite mínimo del marco penal que los delitos cualificados suelen contener. El razonamiento que parece subyacer a esta posición sería el siguiente: mientras que el concurso ideal del § 51 StGB remite al mar-

(30) JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. 1, p. 356. Sobre la relación de inmediatez, vid. WOLTER, J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en «GA», 1984, pp. 443 y ss.; HIRSCH, H. J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang...*, pp. 113 y ss.; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18, núm. marg. 3.

(31) JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. II, pp. 785 y ss.

(32) JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. I, pp. 356-357, y Vol. II, p. 786.

(33) Además de algunos de los autores mencionados, vid., claramente, BOLDT, G., *Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat*, en «ZStW», 1956, p. 356, quien, tras afirmar el mayor grado de injusto del delito doloso base, por contener la situación de peligro, considera que la realización imprudente y antijurídica de la consecuencia es «la actualización de la puesta en peligro potencial existente de modo típico en el delito base doloso».

En sentido análogo, al entender que el peligro es un elemento del tipo básico, KÜPER, W., *Gefährdung als Erfolgsqualifikation*, en «Neue Juristische Wochenschrift», 1976, p. 546; y ULSENHEIMER, K., *Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte*, en «GA», 1966, pp. 266 y 271, quien, tras afirmar que el núcleo de injusto de los delitos cualificados reside en el peligro especial inherente y típico al delito base (p. 266), considera que el resultado ulterior (imprudente) ha de constituir la realización del peligro característico derivado de la acción típica del delito base (p. 271).

co total del delito de mayor gravedad, el legislador, en los delitos cualificados, cuando eleva el límite mínimo, lo hace precisamente porque no concurre meramente el delito base y la producción imprudente del resultado, sino porque la situación de riesgo inherente al delito base transforma su injusto en uno más grave; de aquí que el delito cualificado pudiera ser considerado, en palabras de Hirsch, como «un concurso ideal tipificado y cualificado» (34), en el que ahora se valoraría el injusto del delito base doloso ya transformado y el del delito imprudente del resultado ulterior.

Por el contrario, la fundamentación de la mayor gravedad centrada únicamente en la consideración de un injusto imprudente más grave, sólo con dificultad justificaría la elevación del límite mínimo del marco penal del delito más grave (habitualmente el del delito base doloso), al que remiten las reglas del concurso del § 51 del StGB. Si bien es esto cierto, no impide que el legislador, en uso de su autonomía, considere aconsejable distinguir estos casos, en que concurre, efectivamente, una imprudencia portadora de un injusto especialmente desvalorado, de aquellos otros en que no concorra el desvalor adicional de injusto, y a los que resultarían aplicables sin más las reglas generales del concurso ideal. Se trata también de la regulación de una especie de concurso ideal tipificado y cualificado.

Prueba de que la doctrina alemana se ha fijado también en este segundo argumento es el hecho de que exija, cada vez con mayor frecuencia, una imprudencia temeraria para poder apreciar delito cualificado por el resultado (35). Independientemente del juicio que merezca esta exigencia, lo que con ella se pone de manifiesto es el interés de justificar el mayor desvalor del injusto (y de la culpabilidad) correspondiente a la conducta del autor en los delitos cualificados por el resultado, atendiendo a la especial gravedad del comportamiento imprudente.

No obstante, el argumento del injusto adicional no ha convencido a los partidarios de la «supresión». Las razones aducidas por éstos se dirigen principalmente a negar tal injusto adicional, o a poner de relieve que con él se valora la conducta del autor de un modo totalmente anómalo a como se acostumbra; dando lugar, cuando menos, a una quiebra del principio de igualdad jurídica. En general, estos autores no dejan de subrayar el peligro latente de la responsabilidad objetiva, referida al *plus* de penalidad que supone en el delito cualificado la constatación de un comportamiento imprudente especialmente grave, al superar aquélla la suma de las que corresponderían al delito doloso y al culposo efectivamente realizados.

(34) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, p. 71; HIRSCH, H. J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang...*, p. 133.

(35) Entre otros, JESCHECK, H. H., *Tratado...*, V. I, pp. 356-357, y Vol. II, p. 786; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18, núm. marg. 4.

Así Martin Schubarth, pese a conceder que en estos delitos podría apreciarse un contenido adicional de injusto, proveniente del peligro típico que determinadas acciones comportan para la producción de ulteriores resultados lesivos más graves (36), se inclina a favor de la supresión, por constituir estos delitos a su juicio un cuerpo extraño en la legislación penal. Entre otras razones, alega la de que los tipos así estructurados valoran el peligro de forma distinta a como el legislador acostumbra, dado que, normalmente, en las acciones peligrosas, el legislador interviene *antes* de que se produzca el resultado lesivo, y precisamente aquí sucede al contrario (37). Pero, además, según este autor, los delitos cualificados por el resultado despliegan su efecto de modo incoherente, al no tener en cuenta el peligro (dado que no se pune) en una misma conducta, si ésta no ha conducido al resultado lesivo más grave (38). Por último, la teoría del injusto adicional fracasaría en los casos en que el delito base constituye ya de por sí un delito de peligro (como en el abandono de menores del art. 127 CP suizo y en la puesta en peligro de la vida del art. 129 del mismo cuerpo legal) (39).

También Erwin Blume considera desafortunada la técnica legislativa de los delitos cualificados, al hacer depender la elevada penalidad de que se produzca, efectivamente, el resultado ulterior, en lo cual interviene decisivamente el azar, tal como ocurre en la punición por imprudencia en general. A fin de cuentas, que el autor responda sólo por el delito base o por el cualificado dependerá, no de su imprudencia, sino de su buena o mala fortuna. Por tanto, los delitos cualificados representarían una reliquia de la responsabilidad objetiva (40).

Partiendo de las premisas sentadas por Schubarth, pretende Díez Ripollés demostrar que la tesis del injusto adicional es incorrecta, y que su aplicación a los delitos cualificados conduce a la infracción del principio de culpabilidad (41). Ante todo, considera que, en opinión de la doctrina alemana dominante, se parte de la base de que en el tipo doloso el contenido de injusto adicional concurre siempre, lo que llevaría a plantear, si ello fuera cierto, que «el no valorarlo en determinado tipo de casos (cuando el tipo básico no se inserta en un delito cualificado por el resultado) implica una peculiar valoración de lo injusto de las conductas en cuestión».

En realidad, el tipo doloso básico, en contra de lo sustentado por Díez Ripollés, sólo constituirá el tipo básico de un delito cualificado por el resultado cuando efectivamente se constate en él un injusto

(36) SCHUBARTH, M., *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte*, en «ZStW», 1973, p. 766.

(37) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770.

(38) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 767.

(39) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770.

(40) BLUME, E., *Erfolgsstrafrecht heute?*, cit., p. 1261.

(41) Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, pp. 103 y ss.

adicional, cuando el autor abarque subjetivamente los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo del resultado más grave, lo que no siempre ocurrirá con la simple realización del delito doloso base (v.gr., el autor de una bofetada no apreció el picaporte de la ventana —que configuraba la situación objetiva de riesgo de producción de lesiones más graves— con que la víctima se golpea como consecuencia de la bofetada). Consiguientemente, no debe confundirse el tipo básico, insito en el delito cualificado, con el delito doloso base del que procede; pues si se presumiese *a priori* en este último la situación de riesgo que permite hablar de un injusto adicional, entonces probablemente no sólo se podría hablar de una «peculiar valoración de lo injusto», sino más bien de *versari*. Esta interpretación, sin embargo, no resulta posible, entre otras razones, porque el propio legislador exige cuando menos culpa; lo que requiere que se compruebe si el autor, en el caso concreto, abarcó subjetivamente los elementos objetivos que configuraron la situación de riesgo determinante del resultado lesivo (en el ejemplo anterior, que el autor observara y tomare consciencia de la presencia del picaporte y la posibilidad de que la víctima pudiera golpearse con él de resultas de la bofetada). Y todo ello con independencia de que se hubiera representado o no el posible resultado lesivo más grave (42). Presupuesto este grado mínimo de conocimiento sobre los factores objetivos de riesgo, el principio de culpabilidad queda a salvo.

Evidentemente, este último supuesto es el que puede permitir a la doctrina sustentar que el peligro característico, inherente al tipo básico, cuando efectivamente concurre, supone un desvalor de injusto adicional que no es posible incluir en el marco del delito doloso base. Es cierto que, una vez abarcada subjetivamente por el autor la situación objetiva de riesgo, podrá decirse, con Struensee (43), que concurre el tipo de injusto del delito imprudente; pero aquí no se trata, como reconoce el propio Schubarth (44), de una acumulación del delito doloso con el imprudente, sino que más bien, es la íntima interconexión la que conforma el contenido de injusto de estos delitos (45). Consiguientemente, para su adecuada valoración no es posible acudir sin más a la normativa del concurso ideal, que presupone la concurrencia de dos injustos que se superponen o aparecen unidos, conservando, sin embargo, cada uno (el doloso y el imprudente) su identidad; antes bien, se trata de un único delito, el delito cualificado,

(42) Vid. STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo del delito imprudente*, trad. por J. Cuello en colaboración con J. L. Serrano, en «ADP», 1987, pp. 423 y ss.

(43) STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo...*, pp. 435 y ss. (puede verse el resumen de las pp. 448 y 449).

(44) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 766.

(45) En este mismo sentido, BOLDT, G., *Zur Struktur...*, p. 356, quien rechaza el entendimiento de los delitos cualificados como una mera combinación de delito doloso y culposo.

en el que su desvalor de injusto no puede ser abarcado con el marco de la pena del delito doloso base, sino que aquél, necesariamente, debe sancionarse más gravemente que este último, al que consume.

Problemas más serios plantea la crítica de Schubarth, en el sentido de que la teoría del injusto adicional fracasa en los casos en que el mismo delito base que se inserta con posterioridad en el delito cualificado se encuentra ya configurado por un delito de peligro (46). En estos casos sólo cabrá justificar un injusto adicional en las hipótesis en las que el peligro que contenga el delito base sea un peligro *abstracto*, donde no resulta necesario constatar los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo concreto para un bien jurídico, característica de los delitos cualificados.

En cambio, no resulta posible obviar la crítica de Schubarth cuando el delito base se encuentre constituido ya por un delito de peligro *concreto*, pues en estos casos la exigencia de imprudencia respecto al resultado ulterior (*siempre y cuando éste venga determinado por la efectiva realización del riesgo que con el establecimiento del delito de peligro concreto se pretendía prevenir*) no supone ningún elemento adicional en el injusto y, consiguientemente, resulta injustificado elevar el marco penal por encima del establecido para el delito de peligro concreto correspondiente; sin que quepa alegar, como hace la doctrina dominante, que el injusto del tipo imprudente contenido en el delito cualificado es el de una imprudencia consciente de mayor desvalor de injusto, al exigirse en ella la previsibilidad subjetiva del resultado, lo que no ocurre en el delito de peligro concreto; y ello porque, entre otras razones, como ha afirmado Struensee (47), la previsión del resultado no desempeña papel alguno en el desvalor de injusto imprudente; ni cabe distinguir la imprudencia consciente de la inconsciente atendiendo a la efectiva previsión o previsibilidad del resultado, sino en el conocimiento actual o potencial de la antijuricidad, ya en el escalón de la culpabilidad (48).

(46) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770.

(47) STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo...*, pp. 435 y 436.

(48) La ubicación de la delimitación entre imprudencia consciente e inconsciente en el ámbito del conocimiento de la antijuricidad proviene de Karl Engisch (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht*, 1964 —reimpresión de la edición de Berlín de 1930—, p. 400), quien considera que la imprudencia inconsciente no significa, por fuerza, el desconocimiento de las circunstancias que fundamentan la antijuricidad, sino también el desconocimiento de la prohibición específica. Continuando esta línea, Armin Kaufmann (*Das fahrlässige Delikt*, en «*Zeitschrift für Rechtsvergleichung*», 1954, p. 50) entiende que la consideración de la imprudencia como tipo de injusto, comporta el entendimiento de la imprudencia inconsciente como error evitable sobre la contrariedad a cuidado (el sujeto desconoce que está obrando de contrariedad a cuidado, pero tuvo la posibilidad de corregir su error), y no, en cambio, en el hecho de que el agente fuese consciente o no de que su actuar posibilitaba causalmente un determinado resultado. En palabras de Horn, los conceptos de imprudencia consciente e inconsciente son sólo especiales expresiones para designar la consciencia de la antijuricidad y el «error evitable de prohibición» en el ámbito de delito impru-

La mayor gravedad del injusto imprudente que configura en este caso el delito cualificado coincide (y, por consiguiente, debe haber sido en su caso valorada ya), con el injusto del delito de peligro concreto que configura el delito base. De ahí que donde el legislador imponga un marco penal más grave que el correspondiente al delito de peligro concreto, deberá ser efectivamente corregido, en la medida en que se estime necesario, conforme al principio de proporcionalidad (49).

En definitiva, el injusto del delito cualificado se agota con la valoración conjunta del injusto que contiene el tipo básico y la situación objetiva del peligro, siempre y cuando los elementos que la configuran resultan abarcados subjetivamente de modo sustancial por el autor (elementos que constituyen ya el injusto del delito imprudente), si bien, al igual que ocurre en la imprudencia, el legislador se abstiene de castigar hasta que no se produzca efectivamente el resultado ulterior.

Estas mismas premisas permiten rechazar la segunda crítica de Díez Ripollés a la tesis del injusto adicional, que en su opinión estaría viciada en tanto que pretendería apoyarse en una inexcusable doble consideración del desvalor de acción que implica una misma conducta causante de un solo resultado más grave (50); pues si se apreciase en el delito base una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, el juicio de previsibilidad objetiva que el delito imprudente contiene, al tener que ser estimado para configurar la conducta culposa, forzosamente deberá estar apoyado en el mismo elemento objetivo que aquel primero necesitó para valorar la situación de peligro concreto. Esta situación «implicaría valorar una misma circunstancia objetiva dos veces para configurar el injusto de una conducta», lo que resultaría inaceptable (51).

Sin embargo, cabría contraargumentar frente a la crítica de Díez Ripollés que no se trata aquí de dos delitos distintos, el delito cualificado por el resultado (constituido por el delito base y por la situación de peligro típico inherente a él) y la producción culposa del resultado más grave, sino de un solo delito —el delito cualificado por el resultado— que sólo se pune como tal en el caso de que acaezca el resultado más grave.

La necesidad de que el sujeto haya abarcado subjetivamente los elementos que configuran la situación de riesgo, unida a la considera-

dente (*Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969, pp. 14 y 15). En este mismo sentido se ha pronunciado, en España, Joaquín Cuello Contreras (*Culpabilidad e imprudencia*, ejemplar mecanografiado, Cáceres, 1987, *passim*).

(49) Vid. *infra* la alusión al delito de abandono de niños con resultado muerte del artículo 488 del Código Penal español.

(50) Vid. Díez Ripollés, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, en «ADP», 1983, pp. 105 y ss. (en especial la p. 107).

(51) Díez Ripollés, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, en «ADP», 1983, pp. 105-106.

ción de que no debe procederse a castigar estos delitos, a no ser que se produzca efectivamente el resultado lesivo, constituye precisamente la razón de la exigencia de culpa referida al resultado ulterior. Mediante ella consigue el legislador comprobar la concurrencia de las dos características básicas que configuran el delito cualificado. Son, pues, exigencias de tipo garantista las que inducen al legislador a exigir culpa respecto al resultado ulterior; pero la configuración del injusto del delito cualificado por el resultado se agota ya con la realización por el sujeto del elemento objetivo determinante de la situación de peligro inherente al delito base, al igual que ocurre en la imprudencia. Lo que sucede es que el legislador, atendiendo al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, renuncia a castigar por el delito cualificado en ausencia del resultado ulterior.

Ello no significa que aquí se haya producido una mera superposición de un delito doloso y otro imprudente, sino que el legislador no quiere renunciar a la regla general de castigar conductas con una componente de imprudencia sólo cuando efectivamente se produce el resultado lesivo. En favor de la solución adoptada por el legislador podrían aducirse los mismos argumentos que en el modo de la punición de la imprudencia, dependiente del acaecimiento del resultado lesivo: el carácter probatorio de éste en relación con la infracción del cuidado, el hecho de que la conciencia social sólo se conmociona cuando a la imprudencia sigue la lesión del bien jurídico, etc. Aunque en sede de delitos cualificados por el resultado la característica esencial la constituye la mutación de la naturaleza del delito base, la no aplicación de esta figura a supuestos en que no se produce el resultado ulterior, se debería a la propia índole de su componente de imprudencia.

Existen otras posiciones críticas que, si bien no están encaminadas a la supresión de estos delitos, sí son partidarias de restringir los supuestos a los que resultan aplicables (52).

Así, Arthur Kaufmann (53), Günter Stratenwerth (54) y los autores del Proyecto Alternativo alemán (55) entienden que el concepto de delito cualificado por el resultado se reduce a aquellos supuestos en los que el resultado más grave es imputado al autor a título de

(52) En cierto modo, podría situarse aquí a los partidarios (como Jescheck) de exigir imprudencia temeraria con respecto a la consecuencia ulterior; pero, como se señaló, ello es más bien la manifestación doctrinal, acaso incorrecta, del supuesto motivo (mayor gravedad del injusto) que indujo al legislador a tipificar genéricamente determinadas conductas como delitos cualificados que una exigencia de imprudencia temeraria que deba constatarse caso por caso, salvo expreso mandato legal.

(53) KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., Heidelberg, 1976, pp. 244 y ss.

(54) STRATENWERTH, G., *Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho penal*, en «Política criminal y reforma del Derecho penal», Bogotá, 1982, p. 302.

(55) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, Erster Halband, Tübingen, 1970, p. 49.

caso fortuito o culpa inconsciente; y, en tanto que los mismos supondrían una manifestación de responsabilidad objetiva, reclaman su supresión. Si se prescinde de la cuestión terminológica —que en este momento carece de trascendencia—, puede decirse que aciertan cuando afirman (indirectamente), respecto a los demás supuestos (a los que no consideran propiamente delitos cualificados), la no infracción del principio de culpabilidad.

Efectivamente, el resultado fortuito debe quedar excluido del concepto «actual» de delito cualificado por el resultado, mas no así la culpa inconsciente. Pues, en contra de lo que señalan estos autores, no resulta necesario exigir imprudencia consciente para que se respete el principio de culpabilidad en estos casos especialmente agravados. En realidad, la exigencia de que el dolo del autor haya abarcado no sólo el resultado lesión del delito base, sino también el «peligro de producción del resultado más grave» no supone necesariamente la exigencia de constatar imprudencia consciente en relación con la consecuencia ulterior (56). Ciertamente, el principio de culpabilidad requiere que el autor haya constatado la situación fáctica que constituye la situación de riesgo, pero no es correcta la conclusión extraída de ahí, según la cual en la culpa inconsciente no se abarca tal situación de peligro. El autor que actuó con imprudencia inconsciente también ha conocido la situación de peligro que constituye el hecho desvalorado por el legislador, en tanto que representa un peligro intolerable de producción del ulterior resultado lesivo, si bien desconocía actualmente (de modo evitable) la antijuricidad de su conducta (57).

Es por ello por lo que Hirsch (58) se manifiesta partidario de incluir los casos de culpa inconsciente en el concepto actual de delitos cualificados, y reprocha a los autores anteriores que utilicen una peculiar valoración de la gravedad del delito imprudente en atención a la consciencia o no de la culpa, para declarar posteriormente, en base a ella, la conveniencia o no de una regulación específica en estos casos, olvidando que muchas veces es más grave la culpa inconsciente.

Lo que en cualquier caso podría ser cierto es que, como ha señalado Díez Ripollés (59), estos autores lleven a cabo una serie de equiparaciones dogmáticamente incorrectas, tales como, por ejemplo, entre la culpa consciente de lesión y el dolo de peligro (60); o insertar

(56) Como entiende KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, pp. 240 y ss.; y en *Ta- gungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1970 in Regensburg*, de Jürgen Meyer, en «ZStW», 1971, p. 276.

(57) Vid. *supra* la nota núm. 48.

(58) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, pp. 73-74.

(59) Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados...* (II), p. 115.

(60) Así ocurre con LANGE, R., *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, T. II, pp. 255 y ss.; KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, p. 244; también de este último, en *Strafrechtslehrertagung...*, p. 276.

—como hace Stratenwerth (61)— en el concepto de dolo de peligro el de dolo eventual. Y todo ello para justificar de un modo dogmáticamente criticable la mayor gravedad de los delitos cualificados.

Respecto a la primera equiparación, debe indicarse que, si bien es cierto que la situación objetiva que sirve de base al juicio de riesgo puede coincidir con la misma situación de peligro de producción de resultados lesivos que configura el tipo de injusto del delito imprudente, en la culpa consciente existe ya un conocimiento actual de la antijuricidad que, por el contrario, no es necesario constatar de modo actualizado en la situación fáctica de riesgo conocida por el autor en el delito de peligro (62). Por su parte, respecto a la posible inserción del dolo eventual en el de peligro, mientras que en éste no es requisito indispensable la representación subjetiva del resultado lesivo —ni tan siquiera como probable—, en cambio, en el dolo eventual, ha de existir esta representación de la probabilidad, por mínima que sea.

III

Los partidarios de suprimir los delitos cualificados por el resultado de los Códigos penales, al creer encubiertos en ellos restos de responsabilidad por el resultado, proponen regulaciones alternativas a la actual [cuando no, su supresión (63)] que, en su opinión, resultan más adaptables al desvalor de la acción, al peligro desencadenado por él, y menos dependientes de la efectiva producción del resultado, sometido en buena medida al acaso. De acuerdo con Erwin Blume (64), el criterio rector en la fijación de la penalidad debería ser proporcional a la magnitud del peligro que el autor crea para la víctima, de aquí que considere que el establecimiento de marcos penales suficientemente amplios para los delitos base, en que de modo típico, según la experiencia, se suelen presentar resultados más graves de los pretendidos, podría bastar para sustituir a los delitos cualificados.

(61) STRATENWERTH, G., *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrecht-lehrtagung 1970 in Regensburg*, de Jürgen Meyer, en «ZStW», 1971, pp. 275-276.

(62) De modo más genérico argumenta DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, p. 115, «no puede afirmarse 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».

(63) Sobre la conveniencia de prescindir de *lege ferenda* de la mayoría de los tipos cualificados, vid. LORENZEN, C., *Zur Rechtsnatur und verfassungsgesrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981, pp. 164 y ss. Quien sólo en calidad de compromiso provisional acepta vías alternativas, rechazando la de Jescheck y proponiendo la configuración de tipos de peligro en el sentido de Lange, pero en cualquier caso aceptando únicamente la permanencia de tipos cualificados como el de lesiones-lesiones graves o especialmente graves (p. 169).

(64) BLUME, E., *Erfolgsstrafrecht heute?*, en «NJW», 1965, p. 1261.

Por el contrario, Schröder considera que los delitos cualificados de estructura dolo-culpa podrían constituir un supuesto de concurso ideal, siempre que éste determinara una asperación de la pena (lo que supone poder sobrepasar el marco penal del delito más grave); aunque ello supondría una inadecuada introducción del principio de asperación para todos los otros casos de concurso ideal (65). La solución del concurso ideal regido por el criterio de la asperación es el criterio alternativo que más partidarios ha encontrado (66). Jescheck señaló que, en términos generales, el límite superior del marco penal de los delitos cualificados quedaba satisfactoriamente determinado si se adoptase como regla de asperación la posibilidad de imponer el duplo del límite máximo del delito más grave (67); sin embargo, el límite mínimo quedaba muy rebajado frente a los actuales delitos cualificados, lo que podría salvarse previendo para los «casos especialmente graves» (en los que la atenuación de la pena mínima pareciese insostenible en relación a la situación actual, desde el punto de vista de la política criminal) una pena mínima más elevada (68). En orden a resolver este problema de la pena mínima excesivamente atenuada, aceptando el criterio de asperación propuesto por Jescheck, precisa Mezger que, en vez de prever un tratamiento generalizado del tipo «casos especialmente graves», ha de optarse por uno particularizado en la Parte Especial (69). La crítica que el mismo Schröder formula frente a la solución del concurso ideal regido por el criterio de la asperación es extensible a la propuesta de elevar los límites inferiores del marco penal del delito más grave, en tanto que conductas que no se encontrasen en relación de concurso ideal se verían afectadas por la elevación de este marco penal (70).

Díez Ripollés (71), de modo análogo a Lange (72), propone la creación de delitos compuestos de peligro concreto, integrados por un tipo básico doloso de resultado lesivo para bienes jurídicos, y un tipo doloso de peligro concreto, cuya aplicación dependería de la no producción del resultado.

(65) SCHRÖDER, F. C., *Leipziger Kommentar*, coment. al § 18, núms. marginales 34 y 35.

(66) Cfr., entre otros, JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, T. II, pp. 246 y ss.; MEZGER, E., *Niederschriften...*, T. II, pp. 255 y 257; SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, pp. 763 y ss.

(67) JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, T. II, pp. 246 y ss.

(68) JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, T. II, p. 247.

(69) MEZGER, E., *Niederschriften...*, T. II, p. 255.

(70) Entre otros, HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, pp. 69 y ss.

(71) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, pp. 124 y ss. Se adhieren a esta misma tesis OCTAVIO DE TOLEDO, E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986, pp. 116-117; y con algunas matizaciones, SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados...*, en «Comentarios a la Legislación penal», T. V, Vol. I, pp. 47 y ss.

(72) LANGE, R., *Niederschriften...*, T. II, pp. 255-256 y 259.

Junto a estos tipos compuestos coexistirían los correspondientes tipos básicos dolosos y, por supuesto, la posibilidad de aplicar la penalidad del concurso ideal entre delito base doloso y resultado ulterior imprudentemente causado, cuando acareciera éste; y ello porque el delito culposo de resultado consumiría al tipo doloso de peligro concreto. Consiguientemente, la pena correspondiente al tipo compuesto nunca podría llegar a igualar la resultante del concurso ideal citado.

La PANCP de 1983, así como cierto sector doctrinal español (73), remiten sin más los delitos cualificados a la técnica del concurso ideal (criterio de la *absorción con agravación*); lo que no deja de presentar determinados inconvenientes, como ha señalado Suárez Montes (74).

Las tesis precedentes, a pesar de respetar la penalidad basada en el desvalor de acción (y no en el azaroso acaecimiento del resultado ulterior), olvidan que la técnica de los delitos cualificados por el resultado es tan legítima como la que más, y que se fundamenta en el injusto adicional derivado del peligro típicamente vinculado a la realización del tipo básico, sobre el que el legislador se propone llamar especialmente la atención mediante el establecimiento de una penalidad agravada; para lo cual la solución (actual) del concurso ideal se revelaría insuficiente, y la introducción en el mismo del criterio de asperación conllevaría una agravación generalizada del marco penal del concurso ideal, no justificada para todos los demás casos a los que resulte aplicable dicha normativa.

En los casos de delitos cualificados podría hablarse, como en la creación de ciertos tipos compuestos (por ejemplo, robo con violencia en las personas; aunque en este caso la agravación de la penalidad se debe a un especial componente culpabilístico: el autor, movido por intereses crematísticos, ha llegado a emplear violencia o intimidación), de un «concurso ideal tipificado y cualificado» (75). Del mismo modo que un robo con violencia es considerado como algo más que la mera superposición de dos conductas dolosas (de hurto y coacciones), porque el ataque al bien jurídico es considerablemente intenso de modo característico, también en los delitos cualificados por el resultado el legislador halla algo más que la conjunción de un delito doloso base y la causación imprudente de otro resultado (ahora en atención a un mayor desvalor de injusto, sin necesidad de acudir a consideraciones de carácter culpabilístico); sin dejar de mostrarse respetuoso, por ello, con el principio de culpabilidad, en tanto que la penalidad no llegue a igualar la del concurso ideal entre ambos tipos, *dolosamente* realizados.

(73) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, p. 35; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal...*, p. 282.

(74) SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos... en el PANCP*, en «Rev. Fac. de D. de la Univ. Complutense», *cit.*, pp. 639 y ss.

(75) En el sentido de HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, p. 71.

La solución que propone prescindir de los delitos cualificados mediante el establecimiento de marcos penales más amplios, conlleva necesariamente una pérdida de seguridad jurídica, al quedar relativizado el principio de legalidad.

En relación con la propuesta de Díez Ripollés, en el sentido de crear delitos compuestos por tipos dolosos de lesión y tipos de peligro concreto, ha de señalarse que de ese modo se descuidaría la función probatoria que desempeña la producción del resultado. A la regulación que se atuviera únicamente al peligro concreto creado por el autor podrían formularse reparos desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en tanto que el marco penal asignado al delito compuesto resultaría distinto al que se determinaría conforme a las reglas del concurso ideal entre el delito base y el resultado imprudentemente ocasionado, siendo así que ambas conductas (la del delito compuesto y la de este concurso ideal de delitos) contienen un mismo desvalor de injusto, como ya se ha señalado.

El recurso por parte del legislador a la técnica de los delitos cualificados por el resultado permite, ante todo, una determinación más precisa del desvalor de injusto de estas conductas. A la exigencia de producción del resultado ulterior corresponde únicamente la función de seleccionar, de entre todas las conductas desvaloradas, aquellas que habrán de punirse, con lo cual se restringe la punibilidad. Por otra parte, la permanencia de los delitos cualificados permite simplificar la determinación de la pena allí donde la técnica del concurso ideal implicaría establecer en primer lugar la correspondiente a cada uno de los dos delitos concurrentes.

No parece correcto, sin embargo, el reproche de Schubarth, de que con la pretendida simplificación de las reglas de concreción de la pena se trasladaría el problema al ámbito de la determinación de la pena; pues no se trata, como este autor afirma, de obviar cuestiones como la de hasta dónde alcanzó el dolo del autor o qué consecuencias han sido causadas sólo por imprudencia y cuáles fortuitamente (76), ya que tales extremos, en cualquier caso, deberán averiguarse, y ello en virtud del § 18 del StGB alemán o de nuestro artículo 1.2, que impiden estimar el delito cualificado si el resultado ulterior no ha sido producido al menos por imprudencia.

IV

Determinada la existencia de un injusto adicional, que no resulta posible abarcar con las reglas generales del concurso ideal entre el delito base y el resultado ulterior más grave, debe ahora procederse

(76) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 771.

(aun en el convencimiento de que el problema requeriría un tratamiento exhaustivo y pormenorizado de cada una de las modalidades concretas que el legislador haya decidido regular) a determinar en abstracto los límites mínimo y máximo del marco penal de los delitos cualificados por el resultado, dentro de los que el legislador deberá moverse para no transgredir el principio de culpabilidad.

La exigencia de culpa respecto al resultado ulterior permite, en primer lugar, no considerar lesionado formalmente el principio de culpabilidad, al requerir que se constate, de una parte, el efectivo conocimiento respecto a los elementos objetivos configuradores de la situación de peligro de un resultado lesivo más grave y, a su vez, que le fuera al autor al menos reconocible la antijuricidad de su conducta causante de la situación objetiva de peligro.

No obstante, pese a encontrarse salvaguardado formalmente el principio de culpabilidad, éste podría resultar transgredido materialmente (o, como otros autores prefieren expresar, «no plenamente realizado»), por causa del inadecuado marco penal que el legislador ha establecido en ocasiones. No suelen, sin embargo, determinar los partidarios del mantenimiento de esta clase de delitos los límites mínimo y máximo, al menos en abstracto, entre los que debería moverse el legislador para no infringir el principio de proporcionalidad.

Rudolphi, para quien el fundamento de la mayor punición de estos delitos reside en que la consecuencia especial representa la realización de un peligro contenido de modo característico en el delito base, encuentra precisamente en la conexión del peligro con el delito base el desvalor de acción que excede al de la pura causación imprudente. En esta medida estima justificado elevar el límite mínimo que resultaría de la apreciación de la normativa concursal entre el delito base y la causación imprudente, pero se cuestiona seriamente si este especial contenido de injusto y culpabilidad justificaría también elevar el límite superior (77).

La circunstancia de que se hayan rechazado las reglas llamadas a regular el concurso ideal de delitos, por la imposibilidad de que permitan abarcar adecuadamente el desvalor global del delito cualificado, no significa que no se pueda acudir a los principios generales que subyacen en ellas, a modo de pauta en la concreción del marco penal del delito cualificado. En este sentido resulta interesante recordar que en más de una ocasión se ha procedido a denominar estos casos como supuestos específicos de un concurso ideal tipificado y cualificado (78).

Por ello no debe extrañar que las primeras limitaciones vengan de la mano de la normativa concursal. Así, podrá mantenerse que

(77) RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18, núm. marg. 1.

(78) Cfr. HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, p. 71.

el *límite mínimo* del marco penal de esta clase de delitos, conforme se deduce del concurso ideal previsto en el § 51 del StGB alemán y en el artículo 71 (en relación con el art. 68) del Código Penal español, no podrá ser inferior al límite mínimo de cualquiera de los marcos penales establecidos para los injustos de los delitos que configuran el delito cualificado (criterio de la *combinación*); lo cual constituye también el límite mínimo del marco penal que resultaría de aplicar las reglas del concurso ideal de delitos, tanto en el StGB alemán (§ 51.2), como en el Código Penal español (art. 71 en relación con el art. 68); pues pese a que esta cuestión no quedó expresamente formulada en nuestro artículo 71, como ha señalado Cuello Contreras (79), el límite inferior del marco penal del concurso ideal lo constituye la pena que posea el límite inferior más severo; y ello porque de otro modo podría resultar privilegiado el autor, argumento al que cabe encontrar apoyo legal en el artículo 68. Sin embargo, en la práctica esta situación difícilmente se presentará, pues en pocas ocasiones el *límite mínimo del delito menos grave* sobrepasará al límite inferior del grado máximo del delito de mayor gravedad, que habitualmente está llamado a constituir el límite mínimo del marco penal en el concurso ideal.

Cuestión distinta y más compleja sería no establecer meramente el límite mínimo a partir del cual el legislador no debe fijar un marco penal más bajo en el delito cualificado, sino decidir en qué medida podría elevar este límite mínimo. En principio, esta es una cuestión que queda a juicio de la autonomía legislativa, aunque *a priori* es comprensible que el legislador tienda a elevarlo en la medida en que existe un mayor desvalor de injusto global en el delito cualificado, al concurrir una imprudencia merecedora de un especial castigo. De aquí que el legislador (en el Derecho alemán) habitualmente señale un límite mínimo más grave del que procedería imponer de aplicarse la normativa concursal entre los distintos injustos que configuran el delito cualificado. Ello es así en el Código Penal alemán, porque, conforme a la valoración global del injusto en el delito cualificado, resultaría inadecuado poder castigarlo conforme al límite mínimo del marco penal del delito base sobre el que con posterioridad (al considerarse como delito cualificado) se estima un injusto adicional proveniente de la situación de riesgo inherente a él.

En el Derecho Penal español sucederá algo parecido, al imponer habitualmente el legislador, en las distintas modalidades de los delitos cualificados, la pena del delito base en su grado máximo, o bien la superior en grado, quedando en ambos casos el límite mínimo automáticamente elevado. En el primer supuesto, al límite inferior de la pena que corresponda al grado máximo; en el segundo al límite míni-

(79) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)*, en «ADP», 1979, p. 473.

mo en absoluto de la pena superior en grado. Esta elevación del límite mínimo del marco legal, con ser más drástica que aquella con que habitualmente opera el legislador alemán, revela una cierta coherencia con la naturaleza de la normativa concursal que cada uno de los dos sistemas contiene, ya que mientras en el sistema punitivo español se acude en los casos de concurso ideal al principio de asperación —atenuado— (80), en el alemán no ocurre así.

Lo que sí podría servir, en cualquier caso, de pauta al legislador español es que, en tanto no se modifique la regulación del concurso ideal, el límite mínimo de la pena en el delito cualificado podría estar determinado por el límite mínimo del grado máximo de la pena señalada al delito más grave (siempre que este límite fuese superior —como antes se indicó— al límite mínimo del marco penal del delito menos grave); en cambio, imponer una pena por debajo de éste supondría privilegiar al autor del delito cualificado frente a la estimación del concurso ideal entre los injustos por separado que esa misma conducta realiza. Finalmente, imponer una superior quedaría al arbitrio de la voluntad del legislador.

¿Cómo fijar, en cambio, el *límite superior* del marco penal? Se ha aludido a que en el delito cualificado se opera una transformación del injusto, o que éste, al menos, se corresponde con una valoración íntimamente enlazada de los injustos que contiene, es decir, la del injusto correspondiente al delito base y la situación de peligro inherente al mismo. De aquí que algunos autores estimen conveniente la elevación del límite mínimo del marco penal que contiene el delito base, pero no en cambio traspasar o superar el límite superior de este mismo marco. Quienes afirman esto último, como Rudolphi (81), probablemente lo hagan en consideración a que ello supondría valorar el contenido total de injusto del delito cualificado de modo distinto a como el legislador acostumbra cuando concurren de modo individualizado, pero en concurso ideal, ambos injustos. En definitiva, la valoración del injusto del delito cualificado, si bien permitiría elevar el límite mínimo del marco penal del delito base sobre el que se construye, no permite, en cambio, sobrepasar la valoración que de las mismas proporcionarían las reglas de un sistema punitivo concreto.

No deben descartarse, sin embargo, dos consideraciones que se encuentran también presentes en la doctrina sobre la naturaleza de estos delitos, y que podrían afectar a la concreción de su marco penal. La primera, ya aludida, incide en la transformación del injusto

(80) De asperación habla la doctrina dominante, pero acaso, con terminología más correcta, debiera admitirse, con Angel José Sanz Morán (*El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 31, 180 y 250), que en el artículo 71 se hace referencia a un supuesto de «absorción con agravación».

(81) RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18; núm. marg. 1.

que se opera en el delito cualificado por el resultado. Si realmente el legislador considera que ésta existe, podrá, en uso de su autonomía, no sólo elevar el límite inferior del marco penal, sino también el límite superior. Hirsch sustenta, en este sentido, que si en el tipo básico del delito de robo violento nos encontramos ante una cualificación dolosa, como consecuencia de considerarse que en él existe algo más que un delito de hurto y unas coacciones, lo que representa un desvío con respecto a las reglas del concurso, sin incurrir en contradicción con el sistema, también será posible que se produzcan cualificaciones imprudentes, es decir, que el legislador proceda de modo análogo en los delitos cualificados por el resultado (82).

Interesará, en cambio, resaltar la segunda característica de los delitos cualificados, en orden a comprobar si le está permitido al legislador imponer una pena por encima del límite superior del marco de la pena del delito base. La concurrencia de una situación de peligro característico sobre el delito base doloso, una vez abarcada subjetivamente por el autor, no supone otro desvalor de acción que el del injusto imprudente del resultado ulterior efectivamente producido; sin embargo, el desvalor imprudente (la situación de peligro inherente al delito cualificado), puede ser valorada por el legislador como merecedora de un juicio de desvalor más grave que en condiciones normales, y en consideración a ello estimar conveniente tipificar y elevar el marco penal del delito base (que, al ser el doloso, habitualmente coincidirá con el delito más grave al que se remite el concurso), para diferenciar esta situación de la que acontece en los supuestos «normales» a los que resultaría aplicable el régimen general del concurso.

Lo que desde luego no resultaría correcto de ningún modo, si se quiere observar el principio de proporcionalidad, sería alcanzar (ni, con mayor razón, superar) el marco penal que resulte de apreciar un concurso ideal entre la pena correspondiente al delito base y la que correspondería a la producción también dolosa del resultado ulterior, y ello porque si las razones de la mayor punición de los delitos cualificados se basan en un mayor desvalor de injusto, el desvalor de la situación de peligro, o lo que es igual, el del resultado imprudente, por muy grave que sea, no podrá igualar o superar al desvalor de injusto que representa la producción dolosa de ese mismo resultado (en concurso ideal con el injusto del delito base).

Este límite absoluto, que en ocasiones sólo podría precisarse con mayor exactitud en atención al análisis de la modalidad de delito cualificado de que se trate, en términos generales, parece respetado por el legislador; sin embargo, en la práctica no siempre ocurre así, ya que en ocasiones lo transgrede o se aproxima demasiado a él. Dos supuestos clásicos de nuestro Derecho positivo, el del resultado muer-

(82) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, pp. 70-71.

te en el abandono de niños y el del aborto con resultado muerte de la embarazada, ponen de manifiesto los errores puntuales que deben ser corregidos por el legislador, sin necesidad de llegar a la supresión global de los delitos cualificados.

En efecto, el último párrafo del artículo 411 establece que «cuando a consecuencia de aborto o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 1 del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor». De aplicarse las reglas del artículo 71 a las conductas concurrentes en el delito cualificado de aborto con resultado muerte (modalidad de aborto del art. 411.2 y homicidio imprudente), la pena a imponer sería la de prisión menor en su grado máximo. No obstante, de acuerdo con las premisas antes enunciadas, el legislador, en uso de su autonomía, podría establecer un marco penal cuyo límite superior sobrepasase el marco penal de prisión menor en su grado máximo, si bien éste no podría en ningún caso alcanzar (ni superar) el límite mínimo del marco penal que resultaría de apreciar un concurso ideal entre el mismo delito base (art. 411.2) y la modalidad *dolosa* del resultado cualificante (aquí, homicidio doloso), es decir, la de reclusión menor en su grado máximo. Sin embargo, el límite superior de la pena aplicable al aborto con resultado muerte (reclusión menor), no sólo puede alcanzar, sino también superar, el límite inferior de la pena de reclusión menor en su grado máximo.

Aún más flagrante resulta la infracción de los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la modalidad de aborto con resultado lesiones de las previstas en el artículo 420, número 1, pues la pena establecida para este caso sigue siendo la de reclusión menor, muy por encima de la que resultaría de apreciar concurso ideal entre la conducta de aborto del artículo 411.2 y la modalidad *dolosa* del artículo 420.1, que remitiría a la pena de prisión mayor en su grado máximo.

Incluso la concreción de unos límites en abstracto que resulten aplicables a los delitos cualificados por el resultado no resuelve todas las posibles contradicciones que a veces puedan presentar algunas de sus modalidades, cuando el delito base constituye por su parte un delito de peligro (83). Así, el delito de *abandono de niños con resultado muerte*, contenido en el último párrafo del artículo 488 del Código Penal, determina que «cuando por las circunstancias del abandono se hubiera puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y si sobrevi-

(83) Cfr. SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770; vid., también, *supra*.

niere la muerte, se impondrán las penas inmediatas superiores»; calificaciones que en el abandono realizado por el guardador de hecho, tutor o padres del menor (art. 488.2), llevan a imponer respectivamente las penas de prisión menor en su grado máximo y multa, o las de prisión mayor en toda su extensión y multa. En ambos casos se respeta el límite absoluto aludido, y, sin embargo, su regulación encierra una manifestación de responsabilidad objetiva que debería ser corregida sin dilación.

El injusto del tipo básico del delito de abandono lo configura el peligro (concreto) para la *salud e integridad física* del menor, que se deriva de la situación de abandono. En cambio, en el delito de abandono con resultado muerte, el autor debió representarse los elementos objetivos configuradores de la situación de peligro para la *vida* del menor, con cuya representación, sin más, queda cumplido el tipo subjetivo del delito imprudente (84). El marco penal fijado por el legislador para el abandono con resultado muerte en el caso de que el autor fuese el padre, tutor o guardador de hecho, es el de prisión mayor y multa, marco penal que respeta el límite superior que en abstracto se ha fijado aquí para los delitos cualificados. Que en este caso específico el desvalor de injusto del resultado ulterior imprudente abarque o consuma el desvalor de injusto de peligro que el tipo básico del delito de abandono contiene, no empece en nada para que el legislador, en uso de su autonomía, considere esta imprudencia merecedora de una mayor responsabilidad penal; ahora bien, lo que sí resultará seguro es que el límite absoluto del marco penal no vendrá en este caso determinado, por aplicación de la normativa concursal, por el delito de peligro que describe la situación base y el delito doloso correspondiente al resultado ulterior, sino únicamente por el injusto doloso de este último, límite que efectivamente respeta, al no igualar ni superar el límite superior del marco penal asignado a este delito, el límite inferior del homicidio doloso.

Sin embargo, ya se ha indicado en más de una ocasión que en los delitos cualificados, al igual que acontece en los delitos imprudentes, el desvalor de injusto se agota con la efectiva creación del peligro para el bien jurídico lesionado; en nuestro ejemplo, pues, con la constatación por el autor de los elementos que configuran la situación de peligro concreto para la vida del menor. Pero si ello es así, a este desvalor de injusto el legislador le atribuye en el inciso anterior, donde se conmina con pena la puesta en concreto peligro del me-

(84) Vid. STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo...*, pp. 435-437, quien, en esencia, mantiene que el desvalor de hecho del delito imprudente lo configura la situación objetiva de riesgo de producción de resultado lesivo, considerado por el legislador «intolerable», mientras que el desvalor de acción, el tipo subjetivo del delito imprudente (la contrariedad a cuidado) lo constituye el actuar del sujeto con conocimiento de la concurrencia en el hecho de aquellas circunstancias objetivas que configuran la situación relevante de riesgo (*El tipo subjetivo...*, pp. 437 y ss.).

nor (85), un marco penal más leve que el que atribuye al abandono con resultado muerte, cuando en realidad la producción efectiva de ésta no supone incremento alguno en el desvalor de injusto realizado por el autor. Consiguientemente, se pone de manifiesto que, tal como está redactado el precepto del artículo 488, late en él una auténtica manifestación de responsabilidad objetiva, al depender la agravación de la pena, no de un desvalor de injusto adicional, que ya ha sido tenido en cuenta por el legislador en el inciso anterior, con la creación del peligro concreto, sino de que se produzca o no el resultado lesivo por puro azar.

Por todo ello, no estaría de más que el legislador introdujera, de algún modo, además de la exigencia establecida en el artículo 1.2 del Código Penal, de cuando menos culpa respecto a la consecuencia ulterior, la formulación de los límites del marco penal para los delitos cualificados en sentido similar al aquí propuesto, y que esta labor estuviera acompañada de una revisión de los marcos penales establecidos para los distintos delitos cualificados establecidos en nuestro Derecho positivo, en virtud de la cual, sin duda, podrían corregirse otros defectos, tales como el acabado de señalar en el delito de abandono de niños con resultado muerte.

(85) La conducta a la que se hace referencia: «cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño», constituye ya de por sí un delito cualificado por el resultado (en este mismo sentido cfr. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal...*, p. 230, y CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, 3.^a ed., 1985, p. 328), que respeta los límites del marco penal aquí establecidos.

