

Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado

HERNAN HORMAZABAL MALAREE

Profesor titular de Derecho penal

Universidad Autónoma de Barcelona. Estudio General de Girona

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Los delitos calificados por el resultado en la doctrina alemana. III. Los delitos calificados por el resultado ante la jurisprudencia. IV. La estructura de los delitos calificados por el resultado en el derecho español. a) Planteamientos generales sobre la tipicidad de los delitos de resultado. b) Imputación subjetiva en los delitos calificados por el resultado. c) Imputación objetiva en los delitos calificados por resultado. V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

Como con acierto se ha destacado (1), la vigencia *del versari in re illicita* en el Código hasta la Reforma de 1983, hizo que la doctrina en los delitos calificados por el resultado se centrara en forma principal en limitar sus efectos, lo que trajo como consecuencia que se postergaran otros problemas que hoy aparece oportuno tratar a la luz de la aludida Reforma y de los condicionamientos constitucionales de un Estado democrático de derecho.

En el proceso de determinación de la tipicidad en los delitos calificados por el resultado se presentan especiales dificultades atendida la estructura compleja de estos delitos, en los que por regla general dos conductas delictuales, una dolosa y una culposa (2), con vida autónoma y que protegen diferentes bienes jurídicos, son reconducidas

(1) Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 (I) y (II)*, en «ADP», 1982-1983, pp. 628 y 629 (1).

(2) Hay otras combinaciones que son catalogadas como formas impropias, ver Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1. También RENGIER RUDOLF, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986.

a un sólo tipo penal que, además, contempla una pena considerablemente superior (3) a la que habría de resultar si se apreciaran las reglas del concurso ideal de delitos (4).

Así en el artículo 411 *in fine* que contiene el aborto con resultado de muerte que podría ser el caso más representativo de delito calificado por el resultado en el ordenamiento penal español, la pena a aplicar es la de reclusión menor, que es equiparable a la del homicidio doloso, en circunstancias que el artículo 71 del Código Penal aún en el supuesto más grave de aborto sin consentimiento de la mujer, habría de conducir a prisión mayor en su grado máximo (5).

Es precisamente a partir de esta constatación que tanto Díez Ripollés (6) como Suárez Montes (7), han afirmado expresamente que con la introducción del párrafo 2 en el artículo 1 del Código Penal no se ha establecido plenamente, sino parcialmente, el principio de culpabilidad en el Derecho penal español. Sólo, según estos autores, se habría introducido el requisito de la *imputación subjetiva* del hecho, pero se habría dejado fuera el principio de la *proporcionalidad* de la pena. De aquí que propongan de *lege ferenda*, sumándose a la doctrina dominante, lisa y llanamente la supresión de los delitos calificados por el resultado (8).

El principio de proporcionalidad sólo podría cumplirse, o bien si se rebajasen las penas, o bien si se pudiera justificar un mayor contenido de injusto, supuesto este último que, según veremos más adelante, la doctrina alemana y suiza cree ver en una «especial peligrosidad» adicional de la conducta dolosa (9).

Por otra parte, también entre el delito base y el resultado más

(3) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, p. 172: «Lo verdaderamente indignante de los delitos cualificados es que se castigan con las mismas penas de los delitos dolosos lesiones *culposas* de bienes jurídicos. El que vende, por ejemplo, una bebida adulterada y causa, con ello, involuntariamente, la muerte de una persona, es castigado con reclusión menor: igual pena que la que corresponde al que *voluntariamente* mata a otro.»

(4) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.^a ed., «Tirant lo Blanch», Valencia, 1988, p. 32. De otra opinión TORIO LÓPEZ, Angel, *Prólogo*, en Sanz Morán, A. J.: «El concurso de delitos», Universidad de Valladolid, 1986, pp. 9-10.

(5) Sobre este delito en particular, PEREDA J., *Un caso de punición de delito imposible y de tentativa inidónea*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, pp. 268 y ss., SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «ADP», 1966 pp. 215 y ss.

(6) *ob. cit.*, nota 1.

(7) Véase *Los delitos calificados por el resultado y el párrafo 2 del artículo 1*, en «La Reforma del Código Penal de 1963, Comentarios a la Legislación Penal», Edersa, 1985, Vol. 1., pp. 35 y ss., del mismo autor *Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Estudios Penales y Criminológicos IX», 1984-1985, Santiago de Compostela.

(8) De otra opinión TORIO LÓPEZ, en *ob. cit.*, nota 4.

(9) Véase Díez RIPOLLÉS, en *ob. cit.*, nota 1, una completa exposición y aguda crítica a la legitimación sobre la base de un peligro adicional de los delitos calificados por el resultado en las doctrinas alemanas y suizas. *supra* II.

grave culposo, generalmente de muerte o de lesiones (10), ha de mediar una vinculación o como dice Muñoz Conde (11) «entre el delito base y la producción del resultado ha de mediar una relación causal adecuada» ya que en caso contrario, dice este autor «si el resultado fue consecuencia de una circunstancia totalmente anormal no existirá responsabilidad alguna por este resultado».

De este modo y continuando con esta línea de pensamiento, se sostiene que si no se puede establecer una vinculación entre el delito base y el resultado calificadorio sobrevenido por la imprudencia del autor, conforme a criterios de imputación, habría que desestimar el delito calificado por el resultado (12).

De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que según la doctrina, el intérprete en los delitos calificados por el resultado se ha de enfrentar con dos situaciones problemáticas en la determinación de la tipicidad: la de la *imputación subjetiva* en los términos del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal y la de *imputación objetiva* del resultado.

En ambos aspectos, en definitiva, se trata de asegurar al ciudadano en coherencia con los principios de un Estado democrático de derecho, que sólo se le hará responsable penalmente por los hechos propios y no por los hechos ajenos o de la naturaleza. Son aspectos cuya observancia está fuera de toda duda, pues están íntimamente conectados con principios fundamentales de un estado de derecho como el principio de legalidad y del respeto a la dignidad humana (13).

Sin embargo, en lo que se refiere al aspecto del Principio de Culpabilidad y la exigencia de la proporcionalidad de la pena con el grado de culpabilidad (14), según algunos autores, no constituye una rea-

(10) En el Código Penal español los artículos 411 *in fine*, 348, 414 párrafo 2, 488 párrafo 5 y 489 párrafo 2, son los supuestos más destacados. En el artículo 488 párrafo 5 además de la muerte se contempla la puesta en peligro de la vida del expósito y en el artículo 489 párrafo 2 exclusivamente la puesta en peligro de la salud o la «moralidad» del menor.

(11) *Ob. cit.*, nota 4, p. 91.

(12) Sobre la causalidad adecuada y los delitos calificados por el resultado véase GIMBERNAT ORDEIG, *ob. cit.*, nota 3, también BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 172 y ss., el mismo autor en *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, «Estudios Penales y Criminológicos XI», Santiago de Compostela, 1989, pp. 105 y ss., distingue entre criterios de imputación objetiva que son los que sirven para establecer la antijuricidad material y los criterios de atribución que sirven para establecer la tipicidad. La causalidad adecuada para este autor sería un criterio normativo de atribución.

(13) Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, «PPU», Barcelona, 1985, p. 79.

(14) Así QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1986, pp. 96 y ss. Sin embargo, otros autores como MIR PUIG, *ob. cit.*, nota anterior, y COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, en «Tirant lo Blanch», Valencia, 2.^a ed., 1987, pp. 67 y ss., consideran el principio de proporcionalidad independientemente del de culpabilidad como un límite al *ius puniendi estatal*, pero siempre como realización del principio de la dignidad humana en el marco de

lidad dentro del ordenamiento jurídico español, en la medida que la Reforma de 1983 dejó subsistentes los delitos calificados por el resultado, estableciendo para ellos en el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, sólo la exigencia de una vinculación personal «al menos por culpa» que no abarca a la proporcionalidad (15).

Por ello es que con razón, si bien, a título general, comprendiendo también otros supuestos distintos a los de los delitos calificados por el resultado, Cobo del Rosal y Vives Antón han dicho «que no puede decirse que, en la actualidad, la responsabilidad objetiva puede considerarse erradicada del ámbito de Derecho penal. Por el contrario subsisten en el Derecho penal vigente numerosos preceptos redactados desde el prisma de la responsabilidad objetiva, que sólo una *interpretación progresiva* puede adecuar, al menos en parte, a las exigencias del principio de culpabilidad...» (16).

De este modo, por lo menos en lo que a delitos calificados por el resultado se refiere, la plena realización del principio de culpabilidad y por ende, la superación definitiva del *versari*, requeriría o bien su derogación (17), o bien, que se justificase respecto de ellos un mayor contenido de injusto que legitimase su mayor pena (18).

Al mismo tiempo resulta imperioso aludir al problema que se define como la necesaria imputación del resultado más grave culposo al delito base a fin de garantizar la exclusión de la responsabilidad por el azar o el hecho ajeno.

Como puede apreciarse, la ineludible presencia de los delitos calificados por el resultado en el derecho español conlleva problemas cuya resolución está fuertemente condicionada por el respeto y cumplimiento de principios fundamentales en un Estado de Derecho. Desde esta perspectiva y en la búsqueda de la necesaria interpretación progresiva a que aludían Cobo del Rosal y Vives Antón ante la realidad inevitable de los delitos calificados por el resultado se habrá de desarrollar el presente trabajo. Se trata de buscar criterios restrictivos que siendo jurídicamente posibles sean dogmáticamente coherentes a fin de armonizar los delitos calificados por el resultado con el principio de culpabilidad en su más amplio sentido.

un Estado de Derecho. También CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y Pena*, Bosch, 1977.

(15) Categóricamente, SUÁREZ MONTES, en «Aplicación del nuevo...», *ob. cit.*, nota 7. También, DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, con amplias referencias a los problemas que acarrea esta expresión.

(16) *Ob. cit.*, nota 14. Ver p. 481 nota 10; subrayado nuestro.

(17) DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, II, pp. 120 y ss., en postura que de *lege ferenda* comparto, se manifiesta por la derogación de los delitos calificados por el resultado proponiendo la alternativa del concurso ideal como regla general.

(18) La derogación es la postura mayoritaria en la doctrina. Véase DIEZ RIPOLLÉS, con amplia biografía alemana, *ob. cit.*, nota 1, y SUÁREZ MONTES *ob. cit.*, nota 7 en «Aplicación...», con amplia referencia a la doctrina española. No obstante, hay que señalar que pareciera que TORIO LÓPEZ, A., *ob. cit.*, nota 4 mantuviera la posición contraria.

II. LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO EN LA DOCTRINA ALEMANA

La referencia a la doctrina alemana en los delitos calificados por el resultado es casi obligada, sobre todo si se tiene presente que el actual párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, se corresponde casi textualmente con el párrafo 18 del correspondiente Código de la República Federal Alemana.

Sin perjuicio de los problemas doctrinales que se han «importado» con la expresiones «ulterior resultado» y «al menos por culpa» (19) y que ha sido objeto de especial preocupación en la doctrina alemana, se ha planteado el problema de la constitucionalidad de los delitos calificados por el resultado desde el principio de culpabilidad y del principio de igualdad (20), lo que ha dado lugar a abundante literatura doctrinal (21), proponiendo soluciones que al mismo tiempo que legitiman los delitos calificados por el resultado por un mayor contenido de injusto, introducen criterios restrictivos. En todo caso, el legislador alemán no ha permanecido insensible frente a estas preocupaciones constitucionales y ha introducido desde el año 1971 en todas las nuevas formas de aparición de los delitos calificados por el resultado la expresión «leichtfertigkeit» (22), condicionando de esta forma la estimación del delito no con cualquier imprudencia, sino con una imprudencia que «en lo “esencial” o “más o menos” se corresponde con la culpa grave del Derecho civil» (23) y que en esta rama del derecho, de acuerdo con la tradición romanística, se equipara al dolo (24). Luego ya no es cualquier imprudencia la que habrá de acompañar al resultado calificador sino la que se corresponde a la falta de cuidado «grosera», en la que se manifiesta una «frívola desconsideración en el actuar» (25). La introducción de esta calificación de la imprudencia y la cuidadosa determinación de los marcos penales en armonía con los de los delitos individualmente considerados que integran el complejo, permite sostener que estos preceptos respetan el principio de culpabilidad (26).

En lo que se refiere a los delitos calificados por el resultado «tradicionales», esto es, aquéllos que en armonía con el párrafo 18 del Código Penal alemán, simplemente requieren la concurrencia de

(19) Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1 (I), pp. 629 y ss.

(20) Véase RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 118 y ss.

(21) Véase en especial LORENZEN CLAUS, *Zur Rechtsnatur und verfassungsgrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlín, 1981, también RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2.

(22) Véase RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 124 y ss.

(23) Véase MAIWALD MANFRED, *Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte*, en «Goldtdammer's Archiv», 1974, p. 258.

(24) *Ibidem*, p. 260.

(25) *Ibidem*, p. 263.

(26) RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 118 y ss.

«imprudencia» (Fahrlässigkeit), la doctrina los ha legitimado, afirmando una presunta naturaleza especial derivada del peligro implícito de lesión a otro bien jurídico que ya hay en el delito base doloso, lo que les daría un contenido desvalorativo «adicional» (27). Este argumento legitimador del «peligro adicional» ha sido ampliamente expuesto, analizado y rebatido por Díez Ripollés (28) con importantes argumentos político-criminales y dogmáticos, suficientes a nuestro juicio como para desenmascarar la real naturaleza «versarista» de los delitos calificados por el resultado.

Sin embargo, a lo que a los objetivos de este trabajo respecta, debemos destacar que la doctrina ha derivado de este «peligro adicional» una consecuencia de carácter dogmático restrictiva de los delitos calificados por el resultado en el sentido de que entre el resultado más grave y el delito base ha de haber una relación de «inmediatez» (29), esto es que la muerte, si este es el resultado calificadorio, ha de ser «la realización del peligro específico» implícito en el delito doloso (30). Este requisito de que el resultado ha de estar en una relación de inmediatez, que en el caso concreto de las lesiones seguidas de muerte ha de ser la realización del peligro específico de las lesiones (31), ha dado lugar a diversos criterios que sirven de fundamento para su estimación o exclusión que no siempre son unánimemente aceptados. Así, por ejemplo, el criterio de la «causalidad fluida», conforme al cual el resultado de lesiones causada dolosamente ha de haber sido la causa de la muerte y no sólo la acción dolosa (32);

(27) Así, SCHUBARTH, MARTIN, *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte en ZStW*, 1973, pp. 754 y ss., para más literatura ver Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, (II), pp. 102 y ss.

(28) *Ob. cit.*, nota 1 (II), pp. 104 y ss.

(29) Como dice MAIWALD MANFRED, *Zurechnungs probleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte-BGHSt 31,96*, en «Juristische Schulung», 1984, p. 443 «con la exigencia de la inmediatez se describe en una expresión poco feliz, un criterio que hay que identificar con el signo distinto de los delitos calificados por el resultado».

(30) Véase, HIRSCH HANS JOACHIM, *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en «Libro-Homenaje a Oehler, Heymanns Verlag», Köln, 1985, MAIWALD MANFRED, *ob. cit.*, nota anterior, pp. 439 y ss.; RENGIER RUDOLF, *Opfer und Drittverhalten als zurechnungsausschliessende Faktoren bei 226 StGB*, en «Jura», 1986, pp. 143 y ss.; WOLTER JÜRGEN, *Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte* en «Juristische Schulung», 1981, pp. 168 y ss.; el mismo *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt* en «Goldtdammer's Archiv», 1984, pp. 443 y ss. Son importantes también en este sentido las sentencias del BGH (Tribunal Federal) y sus comentarios. Así BGHSt 31, 96 con comentario de J. H. HIRSCH, en «Juristische Rundschau», 1983 p. 78, de I. PUPPE, en «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1983, pp. 22 y ss.; de G. KÜPPER en «Juristische Arbeitsblätter», 1983, pp. 229 y ss.; de W. STREE, en «Juristenzeitung», 1983, pp. 75 y ss. También BGHSt 33, 322 con comentarios de C. KREHL en «Strafverteidiger», 1986, pp. 432 y ss.; de G. KÜPPER, en «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1985, p. 117; de J. WOLTER, en «Juristische Rundschau», 1986, pp. 465 y ss.

(31) Debe tenerse presente que en el C.P.A. el parágrafo 226 contempla las lesiones con resultado muerte como delito calificado por el resultado.

(32) Si la relación de inmediatez ha de estar entre el resultado de lesiones o entre

el criterio de «la letalidad de las lesiones dolosas», que señala que este resultado de lesiones «como tal», prescindiendo de «aspectos circunstanciales», tiene que haber causado la muerte (33); o también la «prohibición del regreso», que estima que la intromisión de una conducta de un tercero o de la propia víctima excluye la inmediatez entre las lesiones y la muerte (34).

En resumen, para la doctrina alemana el delito calificado por el resultado, concretamente las lesiones seguidas de muerte, presupone que el autor haya realizado dolosamente unas lesiones, que de conformidad con el párrafo 18 haya realizado la muerte de la víctima al menos por culpa y que esa muerte de la víctima sea la precipitación del peligro específico de las lesiones, requisito este último que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial formulan con la expresión «inmediatez».

Sin embargo, este requisito de la «forzosa inevitabilidad de la inmediatez» como la describe Wolter (35), se plantea en la doctrina alemana como un requisito restrictivo más a agregar a la relación de causalidad y a la imputación objetiva (36). Luego, en el proceso de determinación del injusto en los delitos calificados por el resultado se requiere además la comprobación de la «inmediatez» como realización del peligro implícito en el delito base.

Como se ha destacado, los delitos calificados por el resultado en esencia no han perdido su impronta «versarista» que sólo se ha subjetivado con la exigencia de imprudencia respecto del resultado más grave (37). En mi opinión su mantenimiento obedece única y exclusivamente a razones político criminales de signo preventivo generales (38) que pasan a un segundo plano con fórmulas como la de que en ellos

la acción de lesiones fue objeto de decisión en BGHSt, 31,96. El Tribunal Federal falló en el segundo sentido dando lugar a una rica controversia en la doctrina alemana (ver nota 31). El caso fue el siguiente: El sobrino dolosamente arrojó a su tío desde una atalaya de 3,50 m. de alto. Como consecuencia de la caída sólo sufrió una fractura de la cadera. En el hospital después de injertarle una pieza metálica le enviaron a casa, sin advertirle que debía evitar la inmovilidad y, en general sin darle ninguna indicación postoperatoria. Como consecuencia de la inmovilidad se le produjo una embolia y una neumonía que lo condujo a la muerte. El Tribunal estimó que arrojar a una persona desde 3,50 m. es una acción con suficiente peligro de muerte y sobre esta base estimó el delito calificado por el resultado.

(33) Véase WOLTER J., *ob. cit.*, 1981, nota 30.

(34) HIRSCH, H. J., *ob. cit.*, 1981, nota 30.

(35) *Ob. cit.*, 1981, nota 30.

(36) En general ver literatura citada nota 30.

(37) Véase DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, p. 110 (II).

(38) Refuerzan esta apreciación las palabras de TORIO LÓPEZ, *ob. cit.*, nota 4 cuando dice, destacando la tipificación de las lesiones muerte en otras legislaciones, que el homicidio preterintencional «expresa un comportamiento que —de existir estadísticas menos inexpresivas— ocuparía el primer plano en la cifra formal de homicidio». Otro ejemplo, es en nuestra legislación el aborto-muerte del artículo 411 *in fine*, donde a la finalidad preventivo general se unen razones ideológicas, considerando que fue incorporado al Código Penal en la postguerra.

hay un peligro «adicional» que acentuaría el injusto y que justificaría, por ende, el marco penal más elevado. Esta fórmula ideológica ha forzado a la doctrina alemana a darle carta de identidad dogmática, esto es, a darle «cientificidad» aun a costa de formular un criterio como el de la «inmediatez» de contornos indefinidos en el que se confunden criterios como la causalidad, la previsibilidad, la probabilidad y la imputación objetiva. Estos criterios, formulados con el plausible deseo de restringir el ámbito de aplicación de los delitos calificados por el resultado, a mi entender, no son algo propio y privativo de los delitos calificados por el resultado, a mi entender, no son algo propio y privativo de los delitos calificados por el resultado, sino que pertenecen a la teoría general de la imprudencia y deben ser planteados por el contexto del aspecto culposo de estos delitos (39).

III. LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO ANTE LA JURISPRUDENCIA

En términos generales, se podría sostener que la jurisprudencia ha sido cautelosa desde siempre en la apreciación de un delito calificado por el resultado, manifestando claramente su repulsa dada su impronta «versarista». Así, en numerosas sentencias ha llegado a expresar que constituyen «un baldón ignominioso de nuestro tiempo» o de «vergonzante responsabilidad por el azar» (40).

En estas circunstancias, coherentemente con la preocupación expresada anteriormente, desde el examen de diferentes sentencias del Tribunal Supremo, se pueden extraer con carácter general ciertas exigencias típicas que condicionan restrictivamente la aplicación de un tipo calificado por el resultado y que pueden ser agrupadas en tres grandes categorías: a) la exigencia de dolo en el delito base; b) la relación de causalidad entre el delito base y el resultado; y c) desde la Reforma de 1983, la exigencia de una vinculación personal del autor con el resultado más grave.

a) **La exigencia de dolo en el delito base.** Invariablemente la jurisprudencia ha desestimado el delito calificado por el resultado toda vez que se aprecia imprudencia en el delito base. De este modo ha dejado fuera de consideración la combinación culpa-culpa pronunciándose por la estimación del delito imprudente que absorbería el resultado que de haber sido doloso el acto inicial, habría cobrado una significación agravatoria.

Así, la sentencia de 10 de abril de 1948 (R. 566), señaló en relación con el delito del artículo 343 del Código Penal que se califica con el resultado muerte conforme al artículo 348, que «fuera cualquiera el resultado dañoso sobrevenido en concepto de dolo eventual

(39) *Supra IV, c).*

(40) Así, por ejemplo entre otras la de 4 de marzo de 1985 (R. 1968).

o de peligro, que no es atribuible al agente cuando de su conducta se ha eliminado el dolo inicial, directo e inmediato generador de la infracción penada en el artículo 343 aunque por consecuencia de ella resultare la muerte de una persona y hubiera de aplicarse la pena señalada en el artículo 348...» En un sentido similar la sentencia de 26 de febrero de 1966 también desechó el delito calificado por el resultado y penalizó por el homicidio imprudente en un supuesto en que negligentemente se aumentó la dosis de una sustancia en la elaboración de una receta lo que en definitiva produjo una muerte señalando que el Tribunal *a quo* procedió correctamente al calificar y sancionar «el comportamiento del recurrente como constitutivo de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 párrafos 1, 3, 4 y 7 en relación con el 343 del Código Penal vigente...»

En forma aun mucho más clara la sentencia de 17 de noviembre de 1986 (R. 6965), analizando un abandono de niños con resultado muerte, del artículo 488 del Código Penal, ha señalado que, siendo este delito un delito en contra de la seguridad de las personas, su realización requiere la concurrencia de un dolo de peligro, pero que «puede suceder..., que el sujeto actúe de forma imprudente respecto a las circunstancias que fundamentan la situación de inseguridad, convirtiendo el entero comportamiento en culposo...» (41).

b) **La relación de causalidad entre el delito base y el resultado.** También la jurisprudencia del Tribunal Supremo invariablemente ha exigido la concurrencia de una «relación de causalidad», entre el delito base y el resultado agravatorio.

En este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1974 (R. 5184) señala que para la aplicación del artículo 348 se requiere que el resultado mortal esté en «conexión causal con el despacho antirreglamentario de la sustancia nociva...»

La sentencia de 15 de diciembre de 1977 (R. 4898), va más allá también en relación con los delitos en contra de la salud pública que se califican con el resultado muerte en el artículo 348 del Código Penal, y después de lamentarse del *versari* que conculca el principio *nullum crimen sine culpa*, señala que «a pesar de la radicalidad del precepto..., la doctrina unánimemente, y partiendo de la frase legal “siempre que por consecuencia”, exige que, al menos entre la conducta del agente y el letal resultado haya una causalidad clara, rotunda, próxima, directa y eficaz o eficiente y no truncada por otra causación autónoma que interfiera o intercurra el curso causal y quiebre la pri-

(41) Esta sentencia resulta interesante no sólo en el aspecto que se acaba de resaltar, sino que también por la especial sensibilidad que demuestra el ponente Marino Barbero Santos ante una situación de marginalidad de los procesados. Se lamenta, con palabras que ponen de manifiesto insuficiencias en la sustanciación del proceso, de la dramática situación y de tener que condenar «por la falta de constancia en autos de que los inculpados pretendieron cualquier tipo de ayuda para evitar el estado de prostración de la niña que determinó su muerte...»

mitiva trayectoria, es decir, que no basta con que la relación de causa a efecto se constate acudiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, de rigor lógico indudable pero que conducen, a veces, a soluciones exageradas e inaceptables, sino que es preciso que el resultado sea determinado, generado o desencadenado por la actividad del agente pero valorando la relevancia de la misma con criterios de adecuación o de eficiencia y negando dicha relevancia cuando la interferencia de una actividad ajena ha incidido poderosamente en el encadenado curso de los acontecimientos que culminaron en la muerte de una o más personas». En el mismo sentido las de 24 de febrero de 1978 (R. 495) y de 4 de marzo de 1985 (R. 1968).

Como puede apreciarse, la jurisprudencia sin vacilaciones exige una conexión entre el delito base y el resultado más grave que habrá de determinarse más allá de la teoría de la equivalencia de las condiciones, con criterios normativos propios de las diferentes así llamadas teorías causales como las de la causalidad adecuada, causa próxima, causa eficiente, etc. (42)

Ahora en lo que se refiere a la exigencia de una vinculación especial entre el delito base y el resultado, en el sentido de que el resultado ha de ser el producto de la realización del «peligro» inherente a la conducta dolosa, ésta no se plantea de forma general sino sólo en especial en relación con los delitos calificados por el resultado que en el Código Penal español están establecidos sobre la base de un delito doloso de peligro y un resultado calificadorio como son los del artículo 348 y del artículo 488 del Código Penal.

Así, la sentencia de 24 de febrero de 1978 (R. 495), atendiendo a la aplicación de este último precepto señala que la acción consiste en abandonar a un niño, «si bien, las circunstancias en que se realiza la exposición del infante llevan a poner en peligro su vida, hasta el punto de sobrevenir la muerte; relación de causalidad en la que claramente se advierten dos tramos o estadios —simple abandono el primero, peligro suscitado con muerte resultante el segundo— sin que entre ambas fases pueda establecerse ninguna especie de hiato o censura para que la muerte pueda ser imputada objetivamente al autor de la acción inicial».

De esta forma, pareciera que la jurisprudencia española no ha establecido un elemento adicional de «peligro» de forma general para todos los delitos calificados por el resultado. Hace referencia a un peligro sólo en el caso del delito de peligro concreto que se contiene en el artículo 488 y que como tal es «normal» y no constituye una exigencia adicional. La realización típica del delito calificado por el resultado simplemente exige que el resultado muerte agravatorio sea

(42) Véase LARRAURI, ELENA, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, en «ADP», 1988, pp. 715 y ss.

la realización de ese peligro concreto sin que pueda establecerse, como dice la sentencia citada, «ninguna especie de hiato o censura para que la muerte pueda ser imputada objetivamente al autor» del abandono.

Luego, este delito, como delito de peligro concreto para la vida, no se realiza con cualquier abandono sino sólo con un abandono que implique un peligro concreto para la vida del expósito y la calificación por el resultado sólo sobrevendrá si existiendo un abandono con peligro para la vida del niño sobreviene la muerte, pero como realización de dicho peligro concreto.

c) **Vinculación personal del autor con el resultado.** Como ya hemos señalado en párrafos anteriores, la Reforma de 1983 al introducir el párrafo 2 en el artículo 1 del Código Penal, estableció al mismo tiempo para los delitos calificados por el resultado la imputación subjetiva del resultado más grave «al menos por culpa», transformándolo con ello, como con acierto señala Suárez Montes, en delitos complejos, sujetos en lo que se refiere a la penalidad, a una regla especial y, por tanto, de aplicación preferente a las reglas generales que para la determinación de la pena se establece en el artículo 71 del Código Penal para los supuestos de concurso ideal (43).

El Tribunal Supremo dictó en un plazo muy corto dos sentencias, la de fecha 30 de marzo y 3 de abril de 1985 (R. 2052 y 2065) en relación con el delito de aborto con resultado muerte, del artículo 411, párrafo final del Código Penal, que limitaron radicalmente la aplicación de este precepto, sólo a los supuestos en que la muerte de la gestante sea imputable al autor a título de dolo eventual con el claro y manifiesto propósito de «realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad.»

Estas importantes decisiones jurisprudenciales, apoyadas como ellas mismas lo sostienen en una interpretación histórica, lógica y teleológica, independientemente de que se esté o no de acuerdo con ellas, muy bien fundamentadas (44) en la perspectiva de limitar el «baldón ignominioso» del *versari*, han sido objeto de no menos bien fundamentadas críticas por la doctrina científica española (45).

En particular Suárez Montes (46) ha sido contundente con estas sentencias, diciendo que a pesar del loable propósito de ellas de realizar el principio de la proporcionalidad de las penas, propósito que le parece correcto de *lege ferenda*, sin embargo, de *iure condicto* le

(43) Véase *ob. cit.*, nota 7, en «Estudios...», pp. 234 y ss.

(44) Sin embargo, estas sentencias de un indudable peso y con fuertes apoyos doctrinales, contrastan con la pobreza de las fundamentaciones de una posterior que interrumpiendo lo que podría haber sido una línea jurisprudencial, condenó lisa y llanamente en virtud del artículo 411 párrafo final del Código Penal. Se trata de la sentencia de 24 de enero de 1987 (R. 460).

(45) Véase «Estudios...», *ob. cit.*, nota 7 y TORIO LÓPEZ en *ob. cit.*, nota 4.

(46) «Estudios...», *ob. cit.*, nota 7.

parece inadmisibles, ya que entiende que por esta vía, en contra del propósito del legislador, se estaría forzando la expansión del principio de culpabilidad.

Por otro lado, sostiene Suárez Montes, con la exigencia única y exclusiva del dolo eventual en el resultado muerte, sin que sea suficiente la culpa conforme lo exige el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, se estaría creando en el artículo 411 párrafo final un tipo privilegiado de concurso, ya que a su entender «el homicidio dolosamente producido, lo mismo si es con dolo directo o eventual, es homicidio voluntario, subsumible en el artículo 407... (47)».

Ahora bien, lo cierto es que esta tesis que requiere dolo eventual para el resultado más grave tiene antecedentes jurisprudenciales anteriores a la Reforma de 1983 en particular en los delitos en contra de la salud pública que son calificados por el resultado muerte, en el artículo 348 del Código Penal. La jurisprudencia tratándose de estas situaciones y con la evidente intención de soslayar la responsabilidad objetiva, planteaba la alternativa de un dolo eventual en el resultado muerte, como condicionamiento para la aplicación del citado artículo 348 del Código Penal.

De esta manera, y por la vía jurisprudencial se había llegado a una situación semejante a la de ahora, por lo menos en lo que respecta a los delitos en contra de la salud pública en el sentido de estimarlos como delitos complejos continentales de una regla especial de concurso. Se presentaban ya no como delitos calificados por el resultado, concepto que se reservaba a todos aquellos supuestos en que bastaba con acreditar una simple relación de causalidad con el resultado, sino como una alternativa a una de las formas en que se manifestaba el *versari* en el Código Penal anterior a la Reforma de 1983, según se desprende de las sentencias de 12 de diciembre de 1974 (R. 5184); de 15 de diciembre de 1977 (R. 4898) y de 4 de marzo de 1985 (R. 1968).

La hipótesis del dolo eventual se la planteó el Tribunal Supremo ante la Reforma que en el año 1944 se hizo del entonces artículo 353 del Código de 1870 donde se preveía la agravación del resultado muerte única y exclusivamente para el despacho de medicamentos deteriorados o la sustitución de los mismos, pero con una pena muy inferior a la correspondiente al homicidio doloso. La Reforma, según explica la sentencia de 15 de diciembre de 1977 (R. 4898) «tratando de resolver *ex lege* el arduo problema de la eventualidad del dolo, enlazó el precepto estudiado con todas las infracciones de riesgo general o colectivo precedentes —arts. 341 a 347—, estableciendo, con un rigor no claramente comprensible, una pena superior a la del homicidio doloso pues, además de la pena de reclusión menor, se ha de imponer las pecuniarias establecidas en los respectivos casos».

(47) *ob. cit.*, p. 224.

De esta forma, como lo señala la sentencia de 4 de marzo de 1985 la doctrina ante el artículo 348 del Código Penal se encontraba dividida. Había una primera postura que defendía la hipótesis del dolo eventual «en cuyo caso, sería preciso que, el agente se hubiera representado y previsto ese resultado, y sin desearlo y hasta siéndole indiferente hubiera aceptado», y una segunda que veía en el mencionado precepto un delito calificado por el resultado conforme al cual «se atribuye al mencionado agente la responsabilidad del resultado aunque no hubiera querido más que el acto inicial, es decir, la conducta integrante del delito contra la salud pública o de riesgo o peligro general o comunitario...» Finalmente esta sentencia contenía la pena para el supuesto de que la muerte se hubiere producido por dolo eventual, desestimando la aplicación del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal.

En definitiva y resumiendo, según se desprende del examen de las sentencias dictadas con posterioridad a la Reforma de 1983, el Tribunal Supremo entiende que los llamados delitos calificados por el resultado en el derecho español son delitos complejos que presentan una hipótesis de mayor responsabilidad penal derivada de un resultado imputable al autor por dolo eventual y que, por tanto, hay que excluir la aplicación del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal. Dicho de otra forma, estima que hay un concurso aparente de leyes penales entre el citado párrafo 2 del artículo 1 y unos tipos penales complejos que son continente de supuestos agravatorios sobrevenidos imputables al agente por dolo eventual.

Ahora bien, como puede apreciarse implícitamente esta tesis del Tribunal Supremo parte de la base que el nuevo párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal en nada vino a afectar a los supuestos típicos que contenían agravaciones determinadas por un resultado sobrevenido, pues la vinculación personal, a pesar de la impronta versarista del Código de entonces, ya estaba resuelta por la vía jurisprudencial con la estimación de estos supuestos como hipótesis concretas de dolo eventual. De esta forma, profundizando en esta línea de pensamiento, querría decir que el citado párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, habría sido dictado para otras situaciones, como los delitos preterintencionales, pero no para los delitos calificados por el resultado que por la vía interpretativa habrían sido restringidos a casos de difícil ocurrencia. El examen de la jurisprudencia, sobre todo en los casos de aborto con resultado muerte, demuestra que ello no es así ni siquiera en la actualidad, según se desprende de una reciente sentencia de fecha 24 de enero de 1987 (R. 460).

Después de la Reforma y desde el tenor del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, resulta difícil pensar que este precepto haya sido dictado para otros supuestos y que puede ignorarse en los delitos calificados por el resultado y que con absoluta prescindencia de él puede llegar a restringirse el ámbito de estos delitos única y exclusiva-

mente a los supuestos de dolo eventual. Una propuesta de esta naturaleza constituye un salto en el vacío. A nuestro entender toda propuesta restrictiva debe partir desde una propuesta sistemática que tome en cuenta todos los elementos legales, en especial tratándose de los delitos calificados por el resultado el citado párrafo 2 del artículo 1 y los que surgen de los principios generales que informan al derecho penal (48).

IV. LA ESTRUCTURA TIPICA DE LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Después de la Reforma de 1983 el sistema del delito calificado por el resultado se configura en especial por el artículo 1, párrafo 2 y los correspondientes tipos de la Parte Especial y de manera general por las disposiciones y principios que la doctrina ha sistematizado en la Teoría del Delito.

De esta manera, la constatación de un injusto en los delitos calificados por el resultado implica, como en todos los delitos, no sólo la comprobación de la concurrencia de las condiciones que permiten valorar la tipicidad y la antijuricidad, sino también la consideración de las especiales circunstancias que derivan de su condición de delito complejo en armonía con los principios fundamentales que informan al Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

a) Planteamientos generales sobre la tipicidad en los delitos de resultado

Según hemos señalado en otra oportunidad (49), los tipos penales son continente de formas específica de vulneración de las normas prohibitivas o de mandato que se expresan no sólo en meras acciones que no agotan el contenido de un tipo penal, sino que a través de la descripción de situaciones sociales disvalorativas perfectamente concretadas. El tipo penal, en consecuencia, describe un proceso de relación entre dos sujetos frente al cual el Estado no permanece indiferente porque constituye una lesión de un bien jurídico que tiene interés en proteger. Luego, la acción, si bien juega un papel importante en cuanto vehículo de comunicación entre los sujetos en el tipo penal, no agota por sí sola su contenido y es sólo un elemento más en la configuración de un disvalor social que se complementa, aumentán-

(48) *Supra* IV b).

(49) Véase BUSTOS RAMÍREZ, J.-HORMAZABAL MALAREE, H., *Significación Social y Tipicidad*, en «Libro Homenaje a Antón Oneca», Salamanca, 1982, pp. 121 y ss.

dolo o disminuyéndolo con elementos objetivos, descriptivos valorativos y subjetivos que eventualmente pudieran estar incluidos en el tipo.

Por eso, la constatación de la tipicidad requiere no sólo la simple comprobación de la concurrencia de todos estos elementos, lo que implicaría un simple proceso de *subsunción*, sino que requiere, además, una valoración de la situación concreta en la que juegan una serie de criterios que habrán de determinar la *atribuibilidad* de dicha situación al ámbito situacional disvalorativo que en forma abstracta y genérica se contiene en un tipo legal.

Este contenido valorativo de la tipicidad lo constata también Gimbernat Ordeig cuando señala que ésta no se agota simplemente con un proceso de subsunción de la conducta concreta en el tipo legal sino que «es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, infracción del deber de cuidado, resultado típico)». Son criterios, continúa este autor, que «permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también —lo cual se determina como la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle— al imputación objetiva (50).»

El juicio de atribución es mucho más que un simple proceso de subsunción que se agota con la simple comprobación formal de concurrencia de los elementos típicos objetivos y subjetivos. Implica una valoración de una situación social real, de su sentido y significación disvalorativa en relación con el bien jurídico protegido por la norma. Es este contenido material de lesión de un bien jurídico el que le otorga significación disvalorativa al tipo legal. Luego, si la situación real, esto es la situación típica, carece de esa significación (no hay lesión del bien jurídico como podrían ser los casos de delito imposible o tentativa absolutamente inidónea) o tiene una escasa o mínima significación en cuanto a lesión del bien jurídico (hurto bagatela, una expresión injuriosa al equipo contrario en un partido de fútbol) habría que determinar la atipicidad de dicha conducta por no ser socialmente significativa, esto es, carecer de materialidad lesiva del bien jurídico protegido por la norma penal (51).

Pero la determinación de la tipicidad tratándose de los delitos de resultado en general y de los delitos calificados por el resultado en particular, esto es de aquellos delitos respecto de los cuales, según se dice, para su consumación se exige la concurrencia de un resultado separable de la acción, gana en complejidad al presentar éstos un problema adicional como es el de establecer si el resultado real es

(50) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Qué es la imputación objetiva?* en «Estudios Penales y Criminológicos X», U. de Santiago de Compostela, 1987, p. 177.

(51) Ver *ob. cit.*, nota 49.

o no el resultado del tipo legal, esto es, como dice Gimbernat Ordeig, el que se ha producido «en base a las circunstancias que el legislador tuvo presente al configurar los delitos (52)».

La doctrina se ha planteado este problema como un problema de *causalidad* y que, por tanto, debe ser resuelto con criterios de esta naturaleza que permitan establecer que un determinado resultado pertenece a una determinada acción. Los criterios son, o bien de carácter naturalístico o bien de carácter normativo, o bien de ambos conjunta y complementariamente. Los primeros se plantean desde la teoría de la equivalencia de las condiciones y los segundos desde la teoría de la imputación objetiva (53).

Lo cierto es que se invoquen criterios naturalísticos o criterios valorativos para establecer la relación acción-resultado, no deja de ser un juicio de causalidad en la medida que tiene que resolver un problema que se plantea mecanicísticamente como de una relación de causa y efecto y, por tanto, todavía como un reducto del determinismo positivista.

El juicio causal en nada contribuye a resolver el problema. Planteándose éste desde el resultado siempre se va a *determinar* que es consecuencia de la acción típica de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones y siempre podrá haber criterios normativos para afirmar o negar dicha vinculación tan válidos y respetables los unos como los otros (54). Nunca podrá establecerse que un caso es falso, esto es, que un resultado objetivamente identificable con el del tipo legal no tiene su antecedente en la acción típica. Luego, como no es «falsificable» como diría K. Popper, no sería científico (55).

A mi entender, el problema tiene que ser planteado en otra forma. No debe ser planteado como un problema naturalístico o normativo de causalidad entre una acción y un resultado, sino como un

(52) *Ob. cit.*, nota 3, p. 168.

(53) Por todos, MIR PUIG, *ob. cit.*, nota 13, pp. 176 y ss., con amplia bibliografía.

(54) Como ejemplo puede citarse la sentencia de 27 de enero de 1984 (R. 421) que condenó empleando el criterio de la «creación del peligro» en la acción básica de atropello a un peatón para extender la responsabilidad por las lesiones causadas a otro que fue arrollado por otro vehículo que venía en sentido contrario cuando presa del pánico corría a avisarle del accidente al esposo de la primera víctima. Esta sentencia ha sido fuerte y justamente criticada en sus fundamentos por su vaguedad e imprecisión y por la forma en que se ha entendido en ella la teoría de la imputación objetiva por LUZÓN PEÑA, D. M., *Autoría e Imputación Objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, en «Revista del Derecho de la Circulación», 1984, pp. 275 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Límites en la responsabilidad por imprudencia*, en «La Ley», 1984, Tomo 4, pp. 1040 y ss. Sin embargo, ambos autores llegan a conclusiones diferentes sobre la imputación del resultado, el primero afirma la imputación aunque por otra vía de la que plantea la sentencia, y el segundo la niega.

(55) POPPER KARL, *Logik der Forschung*, 4.ª ed., p. 33; Sobre Popper y su crítica al positivismo véase la transcripción de su conferencia en el Congreso Mundial de Filosofía de Brighton del 24 de agosto de 1988 publicada en «El País» de 15 de septiembre del mismo año.

problema global de *atribución* de la situación social real a la situación social abstracta y genérica prevista por el legislador en el tipo penal.

Cuando señalo que se trata de un problema global de atribución quiero señalar que dentro de esta globalidad se contempla lo que la doctrina viene etiquetando bajo el concepto «resultado típico» o «resultado causado» con clara referencia a la consecuencia o efecto de una determinada acción: la acción típica. Este llamado «resultado» no es más que un elemento objetivo más, que está implícito o explícito dentro el tipo penal. Está explícito en los delitos calificados por el resultado cuando se señala en el artículo 411 *in fine*, por ejemplo, una pena mayor si sobrevienen lesiones o la muerte y está implícito en los tipos penales que se estructuran con verbos *perfectivos* o *desinentes* (56), como matar o lesionar, para cuya consumación la acción ha de ser llevada a término, sobreviniendo una muerte o unas lesiones que han de ser valoradas no en tanto que consecuencias de una acción, sino en cuanto a la existencia o inexistencia de la acción misma. No se trata de un resultado físico separable de la acción y de una relación antecedente-consecuente entre ellos. La acción de matar existirá en la medida que haya sido llevada a término, esto es, de que se haya matado, de lesionar de que se haya lesionado. En caso contrario, habría que negar la acción de matar o de lesionar.

Luego, en la valoración de los hechos concretos aquello que se plantea como resultado «típico» o «causado» no es más que la acción típica llevada a término. Es, por tanto, un elemento objetivo que debe ser valorado para constatar la existencia de la acción típica.

En esta valoración el tipo penal debe ser tomado en su contenido material y global en cuanto continente de acción disvalorada plena de sentido y de la significación social que le da su carácter lesivo del bien jurídico protegido por la norma. Es en relación a este tipo penal que debe hacerse el juicio de atribución del hecho sobrevenido con criterios valorativos que permiten pensar razonablemente, inteligiblemente, que estamos frente al elemento objetivo previsto explícita o implícitamente en el tipo penal (57). El llamado problema del resultado queda reducido nada más que a un problema de atribución de la acción concreta al tipo penal.

(56) ALCINA FRANCH, J.-BLECUA, J. M., *Gramática Española*, «Ariel», Barcelona, 1975, p. 785: «Los verbos perfectivos o desinentes para expresar completamente la acción necesitan llegar a un término».

(57) En lo expuesto y en la fórmula de HONIG RICHARD, *imputable es... aquel resultado que puede ser pensado como puesto conforme al fin* en «Kausalität und objektiven Zurechnung» en Festgabe Frank, Tübingen, 1930, p. 184, está clara la impronta kantiana del «mundo nouménico». Según FERRATER MORA, J., en «Diccionario de Filosofía Abreviado», 2.ª ed., 1978, «el término “noumeno” significa “lo que es pensado”. Como “ser pensado” se entiende en el sentido de “lo que es pensado por medio de la razón” se suele equiparar “noumeno” a “lo inteligible”. El mundo de los nómenos es así el *mundo inteligible* contrapuesto desde Platón al *mundo sensible* o mundo de los fenómenos».

La llamada «moderna teoría de la imputación objetiva» desde este punto de vista ofrece criterios de inteligibilidad, esto es criterios a través de los cuales se puede comprender un hecho como *atribuible* a un tipo. La tipicidad ha de establecerse con absoluta prescindencia de criterios naturalistas, es materia de puro conocimiento.

Así, si el sujeto quiere producir un aborto, lo provoca y la mujer víctima de una depresión se suicida, el sujeto no ha realizado la acción de matar. Tampoco ha matado si un tercero se aprovecha de la situación de convalecencia de la mujer para clavarle un puñal. La tipicidad en estos casos no puede reducirse a un problema de causa-efecto, sino que es un problema de racionalidad: no se puede pensar que en estos casos el sujeto activo ha realizado la acción de matar. No es inteligible en un Derecho penal de garantía, respetuoso del principio de legalidad, decir en estos casos el sujeto mató. La acción no fue llevada a término por él.

Tiene razón Gimbernat Ordeig cuando dice que, «lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad...» que en la medida que no se puede extraer de los textos legales, el pensamiento sistemático «los deduce del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas (58).» Son criterios que no permiten sostener que una determinada conducta pueda ser pensada razonablemente como una conducta típica.

Sin embargo, como se ha expuesto en párrafos anteriores la doctrina entiende, erróneamente a mi entender, la imputación objetiva como una categoría que reúne una serie de criterios valorativos de causalidad hasta el punto que desde aparecer como un criterio complementario a la teoría de la equivalencia de las condiciones destinado a corregir sus excesos (59).

Ahora bien, en relación con la imputación objetiva y su carga conceptual de contener criterios valorativos para la determinación de la tipicidad de los llamados delitos de resultado, Bustos Ramírez ha sostenido que hay que distinguir entre los que son criterios de *atribución* de una situación concreta a un tipo con los que son criterios de *imputación objetiva* propiamente tales que son los que dicen relación con la constatación del desvalor de resultado que se concreta en la lesión de un bien jurídico, esto es, de la antijuricidad material (60).

De aquí que, de acuerdo con lo expuesto, Bustos Ramírez propon-

(58) *Ob. cit.*, nota 50, p. 175.

(59) Sobre la imputación objetiva y su situación en Alemania y España BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva...*, *ob. cit.*, nota 12, pp. 114 y ss., y LARRAURI ELENA, *Introducción a la imputación objetiva*, en «Estudios Penales y Criminológicos XI», U. de Santiago de Compostela, 1989, pp. 242 y ss.

(60) BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación Objetiva...*, *ob. cit.*, nota 12, pp. 114 y ss.

ga desglosar de la teoría la imputación objetiva los que son criterios para afirmar la tipicidad de los criterios que permiten afirmar la anti-juricidad material, cuestión que se presenta en todos los delitos sean de mera actividad o de resultado en un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos. En ambos casos se trata de problemas valorativos. Si estamos hablando de tipicidad, el juicio valorativo será un juicio de atribución. Si se trata de antijuricidad material, será de imputación objetiva (61).

De esta manera, el juicio de atribución en los llamados delitos de resultado y calificados por el resultado engloba criterios de carácter normativo que permiten sostener inteligiblemente la realización de una situación típica comprendiendo dentro de ella aquél aspecto objetivo que desde una perspectiva causalista pura se relaciona con una acción como su «resultado» (62).

El problema de la tipicidad en los llamados delitos de resultado no se presenta en forma sustancialmente diferente a los demás delitos y constituye un error, explicable sólo desde un causalismo naturalista, plantearlo como un problema de relación entre dicho resultado y la acción. Sean criterios naturalistas o axiológicos no están resolviendo el problema de la tipicidad, simplemente nos dirán que un resultado es o no consecuencia de una acción y ese no es el problema a resolver. El problema a resolver no es el de si el llamado «resultado» pertenece a una acción, sino si el hecho acaecido puede ser pensado razonablemente como perteneciente a la situación penal típica.

Luego, la teoría de la imputación objetiva en la tipicidad no puede ser entendida simplemente como una categoría bajo la cual se agrupan criterios para establecer la relación entre un resultado y una acción. Formulada así se estaría lisa y llanamente reemplazando criterios naturalistas (los de la teoría de la equivalencia de las condiciones) por criterios de carácter normativo (creación del riesgo, aumento del

(61) Ver *ob. cit.*, nota 12 «Imputación objetiva...», por mi parte creo que Bustos Ramírez tiene razón y que es necesario hacer esta distinción y de hecho estoy de acuerdo con todo su planteamiento. Ahora de lo que no estoy tan seguro es si vale la pena quitar a la «imputación objetiva» la carga histórica de ser un criterio para determinar la tipicidad de los delitos de resultado ante la insuficiencia (o excesos si se quiere) de las teorías causales. Por eso, creo que es mejor hablar de «imputación objetiva» en un doble sentido. Por una parte, en un sentido restringido, una serie de criterios de *atribución* para la determinación de la tipicidad de los delitos que contemplan en su estructura típica un resultado separable de la acción como elemento constitutivo y, por la otra, en un sentido más amplio y para todos los delitos, como categoría que comprende todos los criterios para la imputación de un resultado de lesión de un bien jurídico.

(62) Prefiero seguir hablando de *imputación objetiva* en el plano de la tipicidad según lo expresado en la nota anterior. En todo caso, creo en la necesidad de separar lo que son criterios de tipicidad de los criterios que sirven para determinar la imputación de una lesión de un bien jurídico y que son propios de la antijuricidad. Véanse las notas 11 y 19 de BUSTOS RAMÍREZ, en «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, nota 12, pp. 105 y ss.

riesgo etc.) que siempre se podrán encontrar, pero no se estaría superando el determinismo positivista (63).

En la determinación de la tipicidad en los llamados delitos de resultado y calificados por el resultado el problema es otro (64). Se trata de que en la valoración del hecho real se pueda hacer realidad la función garantizadora del tipo penal excluyendo la responsabilidad por el caso fortuito o el hecho ajeno, superando con ello las insuficiencias de las teorías causales.

En este proceso de determinación de la tipicidad si los criterios han de ser «inteligiblemente razonables» para que puedan ser pensados como portadores de la condición de típicos, el referente no podrá ser un aspecto parcial del tipo (sólo su aspecto objetivo o subjetivo), sino el tipo como *totalidad* portador del complejo de interrelaciones con sus circunstancias y de su sentido y significación disvalorativa (65).

El juicio de atribución como criterio valorativo global para la determinación de la tipicidad de los delitos de resultado comprende también la imputación subjetiva del hecho de conformidad con el artículo 1 del Código Penal y sólo puede revestir la forma de dolo o de culpa. El dolo constituye la forma básica de responsabilidad y también la más grave por ser precisamente la forma más completa de imputación subjetiva de un hecho a un sujeto, la plena vinculación personal. Excepcionalmente, el Estado puede en una decisión político criminal ampliar la protección de un bien jurídico desde la forma básica dolosa a la imprudencia. Es una vinculación personal del sujeto con un hecho no querido provocado por su falta de cuidado. Es una vinculación personal más débil y por lo mismo un elemento de disvalor dentro del injusto de menos significación que el dolo. Por lo mismo, la realización dolosa y la realización culposa tienen una diferente respuesta penal.

Pero la esencialidad normativa de la imprudencia se traduce a su vez en diferentes niveles de responsabilidad que dependerá de la ma-

(63) BUSTOS RAMÍREZ, en «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, nota 12, p. 117.

(64) A partir de lo expuesto en el texto incluso resulta dudoso hablar de «resultado». El término lleva en sí la carga positivista de la causalidad en la medida que se entiende por «resultado» el efecto o consecuencia de algo (de una acción).

(65) Véase BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, nota 12 «Imputación objetiva...», pp. 111 y ss. Como destaco en el texto al hacer referencia al sentido del proceso de comunicación para la constatación de una situación típica plena de sentido, estoy considerando al tipo en su globalidad objetiva y subjetiva. A mi entender en el juicio de atribución el referente es el tipo que comprende elementos objetivos y subjetivos en interrelación y no sólo un aspecto de él. Piénsese en criterios como el «riesgo permitido» que en relación con el «deber objetivo de cuidado» determina la atipicidad de una conducta que dejaría de ser imprudente. Para valorar esta causa de atipicidad es necesario establecer previamente el sentido de la acción del sujeto. ¿Cómo podría establecerse cuál era el cuidado objetivo debido y el riesgo objetivamente permitido cuando un sujeto se sube a un auto, si primero no se ha determinado si era para limpiarlo o para conducirlo? LARRAURI ELENA, *ob. cit.*, nota. 59, p. 245, en esta línea plantea la imputación objetiva como un segundo correctivo a aplicar después de la tipicidad objetiva y subjetiva.

yor o menor medida de la infracción del deber objetivo de cuidado y que en los artículos 565, 586 último párrafo y 600 del Código Penal se expresa en la distinción entre imprudencia temeraria e imprudencia simple. La primera implica una menor exigencia de cuidado y por lo mismo mayor responsabilidad penal. El castigo de la segunda estará determinando una carga superior para el ciudadano de una mayor exigencia de cuidado y, por tanto, menor responsabilidad en caso de infracción (66).

b) Imputación subjetiva en los delitos calificados por el resultado

El delito calificado por el resultado sólo puede legitimarse frente al principio de culpabilidad en la medida que un mayor contenido de injusto pueda justificar su mayor marco penal en relación con las penas que habrían de resultar de aplicarse las reglas del concurso ideal del artículo 71 del Código Penal. Este mayor contenido de injusto no puede provenir, como lo sostiene la doctrina alemana de una «especial peligrosidad» del delito base, cuestión que ha sido claramente rebatida por la doctrina (67), sino de la propia vinculación personal del autor con el hecho.

Aquí no se trata de violentar la disposición del párrafo 2 del artículo 1, sino de proponer una interpretación progresiva que interpretando una presunta voluntad del legislador en armonía con los principios que informan el Derecho penal en un estado democrático de derecho, pueda hacer realidad el principio de la proporcionalidad de la pena.

La Reforma de 1983 como se ha dicho, al exigir una vinculación al menos por culpa respecto del resultado sobreviniente, afectó a los llamados delitos calificados por el resultado transformándolos en delitos complejos especiales y, por tanto, de aplicación preferente frente a las reglas generales de determinación de la pena del artículo 71 del Código Penal. Claro está que esta aplicación preferente queda condicionada a la tipicidad de la conducta concreta (68).

Luego, si el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal señala que el ulterior resultado debe ser atribuido al menos por culpa, se trata de determinar, dadas las diferentes graduaciones de la imprudencia,

(66) Véase HORMAZABAL MALAREE HERNAN, *La imprudencia punible tras las reforma de 1983 y de la nueva Ley Orgánica del poder Judicial*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1986, pp. 686 y ss.

(67) *Ob. cit.*, nota 1 (II), pp. 105 y ss.

(68) RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 133-134: «De acuerdo con nuestra opinión en los delitos calificados por el resultado hay un contenido de injusto o de culpa superior a las reglas del concurso ideal, en tanto que la culpa de muerte objetiva del tipo y la culpa subjetiva de muerte de la culpabilidad está por encima de la simple imprudencia, pero todavía bajo el dolo...»

cual es la que en armonía con el principio de culpabilidad, considerando su mayor contenido de injusto, será necesario tomar en cuenta para que la norma excepcional del delito calificado por el resultado pueda hacerse aplicable.

Ahora bien, la imprudencia, según el dato fáctico de si el autor ha previsto o no el resultado lesivo del bien jurídico, puede ser clasificada como consciente o inconsciente independientemente de la mayor o menor observancia del cuidado objetivo debido. La intensidad de la infracción al cuidado debido dará lugar a la clasificación de simple o temeraria, siendo la última una imprudencia con un mayor contenido de injusto que la simple.

No obstante, la culpa consciente puede dar lugar a una situación agravada en el límite con el dolo y que la doctrina penal por razones político criminales ha asimilado al dolo con el nombre de dolo eventual (69), pero que en su consideración material no es más que una culpa consciente, como han destacado Rodríguez Muñoz y Ferrer Sama (70) con un elemento subjetivo agravador del injusto (71). El dolo eventual es, conforme a lo expuesto, una culpa consciente agravada, una culpa con un mayor contenido de injusto.

En efecto, el dolo eventual participa de todos los elementos de la culpa consciente: el sujeto prevé la posible lesión del bien jurídico y no lo quiere. Sólo se plantea como hipótesis que ese resultado pueda producirse y no obstante actúa contando con dicho resultado. Si el sujeto hubiera tenido una actitud anímica diferente, en el sentido de que confiaba plenamente en que dicho resultado no se produciría, ya no se estaría hablando de dolo eventual, sino de culpa consciente. En esta actitud anímica está precisamente la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual. Luego, el dolo eventual no es dolo sino que es una culpa consciente con un elemento anímico agravador del injusto. Es un injusto más grave que el de la culpa consciente, pero por supuesto tampoco es el del dolo. El dolo es voluntad querida conocida y realizada, la culpa consciente ni el dolo eventual lo son. De ahí que el marco penal del dolo eventual tampoco puede ser el del dolo directo, sería muy alto y sería preciso aplicarle el co-

(69) Sobre el dolo eventual véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho penal», Civitas, 2.^a ed., 1981, pp. 171 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y dolo eventual*, en «Control Social y Sistema Penal», PPU, 1987, pp. 233 y ss.

(70) Véase FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1986, pp. 23 y 24; y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas al Tratado de Derecho penal de Mezger*, Madrid, pp. 168 y 169.

(71) Esta opinión no es unánime en la doctrina española. SUÁREZ MONTES *ob. cit.*, nota 7 p. 249, sostiene textualmente que «el dolo eventual no deja de ser dolo», planteamiento que está en la base de toda su argumentación descalificadora de las sentencias de 30 de marzo y de 3 de abril de 1985 (R. 2052 y 2065). A favor de esta postura, que por lo demás no es nueva en la doctrina española según se destaca en el texto, BUSTOS RAMÍREZ *ob. cit.*, nota 69 y HORMAZABAL MALAREE *ob. cit.*, nota 66.

rectivo de una atenuante. Tampoco puede ser el de la imprudencia, sería demasiado bajo, lo que haría preciso aplicar el correctivo de una agravante (72).

No hay inconveniente, en consecuencia, para sostener que las hipótesis de delito calificado por el resultado previstas en el Código Penal español son hipótesis de dolo eventual ya que el ulterior resultado habrá sido realizado al menos por culpa, como exige el artículo 1 párrafo 2 del Código Penal. Al mismo tiempo la pena superior del delito calificado por el resultado guardará la proporcionalidad que exige el pleno cumplimiento del principio de culpabilidad.

Por eso, según mi opinión, el planteamiento del Tribunal Supremo, en las sentencias de 30 de marzo y de 3 de abril de 1985 falla en sus fundamentos al llegar a la solución del dolo eventual soslayando el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal que indudablemente afecta a los delitos calificados por el resultado. El resultado más grave ha de ser *imputable* subjetivamente al autor a título de dolo eventual, que como hemos expresado anteriormente es una especie agravada de imprudencia.

Ahora bien, mirada con detención la complejidad del delito calificado por el resultado puede apreciarse que la imprudencia que se vincula con el resultado más grave está implícita en la realización del delito doloso. De esta forma, la realización objetiva y subjetiva del delito base doloso adquiere una *doble relevancia* al ser al mismo tiempo portadora de la infracción objetiva del deber cuidado que habrá de conducir a la producción del resultado más grave (73).

Luego, desde un punto de vista metodológico tratándose del delito calificado por el resultado es preciso comprobar la concurrencia de todos los elementos del delito culposo (dolo eventual), sólo que la comprobación de la concurrencia de la conducta infractora del deber de cuidado debe hacerse en el ámbito de delito base doloso (74).

De este modo y continuando con esta línea de pensamiento en aproximación a la estructura específica de los delitos calificados por el resultado en el derecho español, habrá que comprobar también en el aspecto imprudente además de la infracción del deber, los elementos específicos del dolo eventual, —previsión efectiva del resultado y la realización de la conducta contando con ese resultado— (75), también la *tipicidad* del resultado conforme a los criterios de atribución que se engloban en la teoría de la imputación objetiva. Se trata, en otros términos de concretar la situación y el sentido del proceso real a fin de establecer su *atribuibilidad* a la situación típica lo que

(72) Ver *ob. cit.*, BUSTOS, J., nota 69 y HORMAZABAL, H., nota 66. Me refiero a resultado en un sentido valorativo de lesión a un bien jurídico.

(73) RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 148 y ss.

(74) *Ibid.*, pp. 152 y ss.

(75) Según la teoría de la probabilidad.

implica la comprobación y valoración de todos sus elementos descriptivos, normativos y subjetivos desde la protección del bien jurídico concretada en el tipo penal.

En definitiva, en el ámbito de los delitos calificados por el resultado son aplicables los principios de la teoría general del delito imprudente y del dolo eventual con los condicionamientos que impone la doble relevancia dolosa-culposa del delito base y que en forma particular se manifiestan, según se verá más adelante, en la aplicación de los criterios de atribución del resultado real al tipo que se conocen bajo el nombre de imputación objetiva.

No obstante, esta constatación de la doble relevancia del delito base plantea un problema adicional y propio de los delitos calificados por el resultado que ya fue en su época tratado por Gimbernat Ordeig (76) y sobre el cual se ha pronunciado la jurisprudencia alemana (77). Se trata de si la constatación del delito base es suficiente y no hace necesario comprobar la infracción del deber de cuidado bastando simplemente con comprobar la previsibilidad del resultado.

Planteado desde otro punto de vista, este problema conduce a la cuestión de si en el ámbito de los delitos calificados por el resultado el sujeto puede en la realización de la conducta dolosa haber obrado con el cuidado debido o en el ámbito del riesgo permitido, lo que en definitiva habría de conducir a establecer la ausencia del aspecto imprudente por causa de atipicidad (78).

Trasladado este planteamiento a la hipótesis que he venido exponiendo de delito calificado por el resultado en el derecho español, en la medida que planteo una restricción y adecuación al principio de proporcionalidad sobre la base de un resultado sobrevenido imputable subjetivamente por dolo eventual, no basta con la previsibilidad sino que es necesario la previsión efectiva. Por tanto, *mutatis mutandi*, el problema se presenta de si basta con la previsión del resultado, no siendo necesaria la comprobación de la infracción objetiva del deber.

Lo cierto es que, por su propia naturaleza, el riesgo permitido no puede ser aceptado en el ámbito de los delitos calificados por el resultado. Debe tenerse en cuenta que es una causa de atipicidad de una conducta que surge de una valoración desde la propia relación social que permite la realización de conductas riesgosas para los bienes jurídicos y que precisamente por su capacidad de rendimiento social, el Derecho penal permanece indiferente frente a ellas (79).

(76) *Ob. cit.*, nota 3, pp. 172 y 174.

(77) Véase RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, p. 151.

(78) Sobre el riesgo permitido como supuesto de ausencia de tipicidad en los delitos imprudentes GIMBERNAT ORDEIG *ob. cit.*, nota 50, p. 179; también HORMAZABAL MALAREE *ob. cit.*, nota 66, p. 693

(79) Así también GIMBERNAT ORDEIG, *ob. cit.*, nota 3, p. 174.

c) Imputación objetiva en los delitos calificados por el resultado

Como se había destacado en párrafos precedentes, tratándose de los delitos calificados por el resultado y en general de los delitos de resultado, la atribución del hecho concreto al tipo implica la valoración de todos los elementos típicos, entre los que se comprenden aquellas circunstancias que dan significación a la acción típica y que desde la causalidad se designa como resultado en tanto que es una consecuencia o efecto de la acción. El problema a resolver es el de establecer si el hecho concreto puede ser pensado razonablemente como el que «el legislador tuvo presente al configurar los delitos» ya que sólo el que se ha realizado en base a esas circunstancias y ningún otro puede ser fuente de responsabilidad penal (80).

Hay que valorar en el hecho realizado, con referencia al tipo como totalidad comprendiendo e interrelacionando todos sus aspectos objetivos y subjetivos, su *atribuibilidad*. Se trata de precipitar en la tipicidad el principio de legalidad excluyendo del Derecho penal aquellos hechos que conforme a la razón no puedan ser comprendidos dentro de su ámbito de protección (81).

En esta línea de pensamiento se formuló la teoría de la causalidad adecuada al negar la tipicidad de los hechos en que el resultado esté fuera de lo razonablemente previsible, precisamente en relación con los delitos calificados por el resultado (82), en la perspectiva de limitar la exagerada amplitud que adquirirían estos delitos desde la teoría de la equivalencia de las condiciones. Conforme a esta teoría sería causa del resultado la que conforme a la experiencia en el caso concreto aparezca como adecuada a la experiencia en el caso concreto aparezca como adecuada (previsible) para producir el resultado típico (83).

(80) *Ob. cit.*, nota 3, p. 168, *supra IV b)*. Como hemos señalado en *Infra IV a)* el planteamiento no puede ser el de vinculación del resultado con una acción ya sea por criterios de causalidad natural o normativos. En este error de planteamiento incurre a mi entender la sentencia de 5 de abril de 1983 cuando señala en uno de sus considerandos «pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir, que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo injusto, se puede afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción...» («La Ley», 1983, Tomo 3, pp. 277 y ss., con cometarios de SUSANA HUERTA TOCILDO, *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial.*)

(81) CORDOBA RODA, Juan, en notas de Derecho español en Maurach, R. Tratado de Derecho penal, Barcelona, 1962, Tomo 1, p. 238, nota 23, plantea la necesidad de «la tipicidad del resultado causado», considerando, en consecuencia, atípicos los hechos en que el resultado se ha producido al final de un curso causal anormal.

(82) Se trataba entonces de los delitos calificados por el resultado «genuinos», esto es, de aquéllo en que el *versari in re illicita* se manifestaba con toda amplitud, bastando simplemente con un acto inicial ilícito para que el autor fuera responsable de todas sus consecuencias.

(83) *Ob. cit.*, nota 3, pp. 44 y 45.

Al mismo tiempo, el criterio de la previsibilidad objetiva permitiría establecer qué resultados son típicos, pues sólo lo serían aquéllos que fueran previsibles desde la acción ejecutada. Y a la inversa, los resultados imprevisibles permitirían excluir por inadecuadas las acciones de las cuales se derivaba ese resultado imprevisible (84).

Ahora bien, según se ha planteado precedentemente a nivel de tipicidad en los llamados delitos de resultado el problema general es, en la valoración del hecho concreto, el de la determinación de la acción típica que adquiere su significación en la medida que es llevada a término (85). Lo mismo sucede en los llamados delitos calificados por el resultado como forma específica de delito del resultado. En estos delitos la conducta base es doblemente relevante ya que dará lugar a un delito doloso y a uno imprudente. Hay, en consecuencia, una conducta dolosa y una conducta culposa que adquiere su significación y es constatada cuando es llevada a término.

Así, en la combinación aborto-muerte o lesiones del artículo 411 *in fine* del Código Penal, las maniobras abortivas tienen esa doble relevancia: la muerte del feto vinculada dolosamente al autor y la muerte o lesiones de la abortante vinculada culposamente al autor. En las maniobras abortivas está o debe estar también la conducta de matar o lesionar pues, en caso contrario no podríamos hablar ni siquiera de homicidio o de lesiones imprudentes ni menos de un delito calificado por el resultado.

Luego, el problema en el delito calificado por el resultado es el de constatar si esas lesiones o muerte que aparecen como elementos objetivos en el tipo penal, para seguir con el caso del artículo 411 *in fine* del Código Penal, son expresión de una conducta de matar o lesionar que ha sido llevada a término y que está implícita en la acción básica.

Es cierto que en el citado artículo 411, que en los artículos 353, 488 párrafo 5 y en el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal se emplean voces como «a consecuencia», «resultado» o «sobreviniere» que de atenernos a su significación literal nos tendrían que obligar a un juicio de causalidad. Pero, a mi entender, esta interpretación literal condicionada por una técnica legislativa influenciada por un positivismo decimonónico determinista y universalista, tiene que ceder ante una realidad más abierta y más respetuosa con el ciudadano que se manifiesta normativamente a nivel constitucional con el reconocimiento y respecto a la dignidad del hombre y con el principio de legalidad.

El problema no es un problema causal del mundo de los sentidos, sino un problema de puro conocimiento que debe plantearse en cada caso real a partir de la pregunta de si puede ser pensada racionalmen-

(84) LARRAURI ELENA, *ob. cit.*, nota 59, p. 226.

(85) Véase *infra IV a*).

te la realización imprudente de una conducta de matar o lesionar implícita en la realización dolosa de otra conducta. Estamos frente a un proceso de valoración de carácter intelectual de una relación entre hombres, de una relación social y no ante un problema metal-mecánico que si puede ser resuelto con leyes de la física.

De este modo, lo que la doctrina ha venido planteando desde un punto de vista causalista como la necesidad de establecer una «especial relación» entre el delito base doloso y el resultado culposo, el «ulterior resultado» según el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, en los delitos calificados por el resultado es un problema de determinación de la infracción del deber de cuidado confundida con la acción dolosa en la conducta básica, que por ello se decía que era doblemente relevante. De lo que se trata, en consecuencia, no es el de establecer una relación a través de un juicio de causalidad con criterios naturalísticos o valorativos con el ulterior resultado más grave, sino de plantearse lisa y llanamente el problema como si única y exclusivamente de un delito culposo se tratara, de valorar la realización de una conducta imprudente. Las expresiones «resultare muerte» en el 353, «sobreviniere la muerte» en el párrafo 5 del artículo 488 del Código Penal suponen una acción de matar o lesionar que ha sido llevada a término, una forma de expresar la acción, y no la obligación de establecer una vinculación causal entre una acción de matar y un resultado como si fuera posible separarlos inteligiblemente (86).

No obstante, hay que distinguir de los supuestos anteriores los casos previstos en los artículos 488 párrafo 5, primera parte y 489 párrafo 2 del Código Penal. En el primero, la mayor pena se fundamenta en una puesta en peligro de la salud o de la moralidad del menor. En estos casos, la punición de la conducta se anticipa a la muerte o las lesiones, no siendo necesario para la intervención penal que la acción típica sea llevada a término. Basta con una acción de puesta en peligro del bien jurídico protegido que en el ámbito de la tipicidad habrá que entrar también a valorar para constatar la acción típica de puesta en peligro que estará implícita en la acción dolosa básica. En el juicio de *atribución* de la conducta concreta jugará el criterio de probabilidad de la lesión efectiva del bien jurídico para determinar la peligrosidad concreta de la acción y, por tanto, su tipicidad (87).

(86) RENGIER, R., *ob. cit.*, nota 2, p. 150, plantea la doble relevancia en el ámbito de la infracción objetiva del deber descrita como «la realización objetiva y subjetiva del tipo básico que demuestra que en este lugar el aspecto doloso y el culposo se entrecruzan». Para este autor, p. 149, del mismo modo que en el texto, señala que todas las cuestiones de imputación en los delitos calificados por el resultado son problemas de la teoría general de la imprudencia. Sin embargo, se plantea el problema del resultado como un problema «de relación en el fin de protección entre el delito base y el resultado», esto es, como un problema causal en definitiva. *Passim*.

(87) En la tipicidad se trata de constatar el disvalor de acción contenido en el

Luego, la determinación de la tipicidad en los llamados delitos de resultado en general no difiere de los de mera actividad. Siempre será un juicio valorativo de *atribución* en que adquiere especial significación el criterio del mundo nouménico Kantiano «poder ser pensado» (88). Se trata de constatar la realización de una acción típica imprudente que ha sido realizada en el marco de una conducta dotada de sentido (dolosa) punible (aborto, abandono de un menor), de una conducta frente a la cual el derecho penal no es neutral. El juicio de atribución de la acción lo es de una acción en su realidad concreta que ha de ser tomada, en consecuencia, conforme al sentido que le ha dado el autor y no como una irrealidad naturalística desencadenante de un proceso causal. Dicho de otra forma, en el proceso de atribución hay que tomar la totalidad del tipo en sus aspectos objetivos y subjetivos y no sólo una parte de él (89).

En este sentido los criterios de la llamada moderna teoría de imputación objetiva (90) son expresión concreta del criterio señalado anteriormente, entre los que cabe destacar por su riqueza y capacidad el del fin de protección de la norma elaborado por C. Roxin (91).

Este criterio que parte de la base de una conducta creadora de un riesgo permite excluir la tipicidad de conductas en que el resultado no es una plasmación del riesgo creado o si lo es, éste cae fuera del ámbito de protección de la norma. Es un criterio de racionalidad que puede ser reformulado según lo que se ha venido señalando de que el problema no es el de asignación de resultado, sino de constatación de una acción típica peligrosa, de un proceso comunicativo entre sujetos contenido en el tipo penal determinado por su sentido (92) y que permite resolver una serie de casos conflictivos en el ámbito de los llamados delitos de resultado.

Así, no se puede hablar de acción imprudente de homicidio si realizado un aborto muere la abortante por que se suicida, porque no sigue las instrucciones postoperatorias prescritas por el médico y sí las de una «curandera» que le provocan una infección, porque muere en un accidente circulatorio, porque el asesino aprovecha su debilidad para clavarle un puñal etc. Son todos casos en que la muerte proviene de otra fuente de peligro ajena al del provocado en la acción básica dolosa. El sujeto activo del aborto lisa y llanamente no ha matado

ámbito situacional del tipo. El problema del resultado dice relación con la lesión de un bien jurídico (lesión efectiva o puesta en peligro) y es un problema de antijuricidad material. Ver *Infra IV. a*.

(88) Véase nota 57.

(89) *Infra IV. a*

(90) Nos referimos a ella en esta oportunidad en cuanto continente de criterios de atribución al tipo, esto es, de criterios de atribución. Véase nota 12.

(91) ROXIN, C., *El fin de protección de la norma*, en «Problemas básicos del Derecho penal», Madrid, 1976. También BUSTOS, J., *ob. cit.*, nota 12; GIMBERNAT, E., *ob. cit.*, nota 3, pp. 135 y ss. y nota 50 y LARRAURI, E., *obs. cit.*, notas 42 y 59.

(92) De «Interacción peligrosa», como dice BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, nota 12, p. 128.

en estos casos. Son supuestos de ausencia de responsabilidad o que caen dentro del campo de la responsabilidad ajena. Están fuera del ámbito de lo que la norma puede prohibirle o mandarle al sujeto activo en el caso concreto.

V. CONCLUSIONES

1. La exigencia implícita en el principio de culpabilidad de proporcionalidad entre injusto y pena conduce en armonía con el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal a considerar en los llamados delitos calificados por el resultado el «ulterior resultado» imputable subjetivamente al autor a título de dolo eventual.

2. En los llamados delitos de resultado no hay un resultado separable físicamente de la acción que obliga a resolver la tipicidad a través de un juicio de causalidad naturalística o normativa. De lo que se trata es de determinar la existencia de una acción típica a través de un juicio normativo de *atribución* en que hay que establecer en el supuesto concreto si la acción típica puede ser pensada racionalmente como realizada.

3. Entre los criterios que se engloban bajo la categoría «imputación objetiva» hay criterios de determinación de la tipicidad (de atribución) y de determinación de la antijuricidad material (de imputación objetiva propiamente tal).

4. La distinción delito de resultado-delito de mera actividad no tiene sentido en la medida que se plantea como criterio de distinción el de la existencia o no en el tipo de un problema de causalidad.

5. Si tiene sentido, a nivel de antijuricidad, en un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos. Todos los delitos serían de resultado (valorativo) en la medida que tendrían que afectar a un bien jurídico en forma de lesión efectiva o de puesta en peligro.

6. Los delitos calificados por el resultado son tipos complejos que combinan en su forma propia una acción básica dolosa y una culposa (dolo eventual) y, por tanto, doblemente relevante. Lo que se llama resultado no es más que la realización de la conducta imprudente implícita en la conducta básica y, por tanto, constatación de la realización de esa conducta que ha sido imprudentemente llevada a término.

7. A partir de la Reforma de 1983 y de lo expuesto no cabe hablar de delitos calificados por el resultado, sino de delitos complejos continentales de una acción básica doblemente relevante (dolo-dolo eventual) de ulterior lesión efectiva o de puesta en peligro de un bien jurídico.

8. En todo caso, de *lege ferenda*, estas estructuras complejas deben ser derogadas y dejar la resolución de la punibilidad de estas conductas sometidas a las reglas del concurso ideal.

