

## SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

**DE LA MATA BARRANCO, Norberto:** *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida.* PPU, Barcelona 1994, 595 págs.

### I. INTRODUCCIÓN

El trabajo presenta la problemática de los delitos de hurto y apropiación indebida desde la peculiaridad del dinero como objeto material en relación a un grupo determinado de casos. La investigación se ha dividido en dos bloques fundamentales. En el primero de ellos se lleva a cabo un estudio dogmático del tipo de injusto de los delitos de hurto y apropiación indebida. Aquí el autor nos presenta el bien jurídico, tipo objetivo y subjetivo, así como las causas de exclusión del tipo de injusto, estableciendo ya una perspectiva material y teleológica como presupuesto metódico general. En segundo lugar se plantea la problemática de varios supuestos de apropiación o disposición de cantidades de dinero, en los que se manifiesta la especial naturaleza del mismo como objeto material. En definitiva se cuestiona la relevancia penal —en relación a los delitos de hurto y apropiación indebida— de casos como los de intercambio de dinero sin autorización, utilización temporal de dinero ajeno, disposición de fondos comunes o cobro arbitrario de una deuda de dinero.

La monografía de De la Mata, que constituyó en su día su Tesis doctoral, supone un significativo enriquecimiento del campo de los delitos de apoderamiento en nuestro país. Aborda aspectos no atendidos todavía suficientemente por la doctrina y necesitados de un debate a fondo en la literatura española. Por ello será necesario contar con el apoyo de la doctrina alemana en aspectos que ésta ha discutido en profundidad. El interés de los temas expuestos nos ha llevado a hacer una breve exposición de los puntos más destacados del trabajo, realizando en algún caso un breve comentario.

Como se ha señalado, la primera parte del trabajo se dirige a establecer los presupuestos genéricos, relativos a los delitos mencionados, que sirven de plataforma para la resolución coherente de la casuística abordada. Tres son los puntos donde gravita la resolución de los mismos conforme al planteamiento del autor: consideración del bien jurídico desde una perspectiva material y funcional, concepto de apropiación como resultado exigido por estos delitos y, finalmente, la especial naturaleza del dinero como objeto material en estos delitos. A ellos dedicamos brevemente nuestra atención.

## II. BIEN JURÍDICO

El principio de ofensividad obliga a partir del análisis del bien jurídico protegido en los delitos de apropiación, dada la función de protección de bienes jurídicos reclamada para el Derecho penal. La determinación del mismo permite señalar el contenido material de injusto del que se extraerán consecuencias decisivas en la interpretación de los elementos de estos delitos. Se acepta como interés jurídicamente tutelado en los delitos de apropiación la propiedad sobre bienes muebles. El análisis de este bien jurídico pone de manifiesto cuestiones de gran relieve.

Una de ellas es la relación entre patrimonio y propiedad dentro de los delitos del T. XIII del Libro II del CP. Señala el autor que, como resulta evidente, no es la propiedad el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos allí comprendidos, sino que en «algunos casos se lesionará la propiedad, en otros un derecho real distinto al de propiedad y en ocasiones el patrimonio en su totalidad». Pero, en todo caso el patrimonio actúa como elemento aglutinador que abarca la totalidad de las relaciones protegidas por los tipos concretos del T. XIII (p. 59).

Se suscitan aquí dos cuestiones distintas aunque estrechamente vinculadas: el problema del patrimonio como referente genérico del T. XIII, por otra parte, la concepción del ataque al mismo como *universitas iuris* o como concretas relaciones patrimoniales. Norberto de la Mata viene a establecer una relación de género (delitos contra el patrimonio) a especie (delitos contra la propiedad), de manera que cuando resulte lesionada la propiedad también resultará lesionado el patrimonio. «Los delitos de apropiación protegen una de las relaciones que forman parte del patrimonio de un sujeto, relación de propiedad, que junto con relaciones jurídicas de otra clase se coordinan en la concreta ordenación del patrimonio de un sujeto. Dificilmente podrá afirmarse entonces que lesionada una parte del todo éste no se vea afectado» (p. 81).

Sin embargo, la doctrina excluye generalmente la posibilidad de lesión del patrimonio en sentido estricto, salvo para el delito de estafa. Así, los autores prefieren la denominación de delitos patrimoniales (Bajo) o delitos contra los valores patrimoniales (Muñoz Conde), frente a la de delitos contra el patrimonio, pues el patrimonio juega aquí como mero concepto de referencia respecto a las concretas relaciones patrimoniales que puedan resultar menoscabadas. Como señala Bajo (nota 103, p. 59) «hay que limitar el análisis de este concepto a aquellos delitos cuyo bien jurídico sea estrictamente el patrimonio, prescindiendo de consideraciones generales sobre un concepto genérico de patrimonio que nada aportan al resto de los delitos, al afectar estos a relaciones patrimoniales concretas y no al patrimonio como unidad». Se destaca así que no es lo mismo la lesión de una concreta relación patrimonial que la lesión del patrimonio mismo, pues éste, en sentido jurídico penal, exige un balance final negativo en relación a la situación anterior al comportamiento punible, que no se presenta en los delitos de apropiación o apoderamiento. Cuando se señala que «el perjuicio inherente a este tipo de delitos atiende no tanto a la disminución o acrecentamiento de las partes singulares del patrimonio, cuanto a la disminución de la potencia patrimonial del titular de dicho patrimonio, ligada a la variación o cambio de sus componentes patrimoniales» (p. 85), parece producirse un deslizamiento hacia la consideración del patrimonio como bien jurídico protegido.

El autor rechaza la separación de la doctrina alemana entre delitos contra la propiedad (*Eigentumsdelikte*) y delitos contra el patrimonio (*Vermögensdelikte*). «En

el primer grupo de delitos comprende aquellas acciones que impliquen la apropiación u ocupación de una cosa, que son punibles aun cuando no se cause perjuicio económico alguno, mientras que los delitos patrimoniales en sentido estricto requieren la causación de dicho perjuicio económico» (p. 60). Se rechaza la distinción alemana para el caso español con fundamento en la presencia del elemento del ánimo de lucro, pues «el CP español exige el ánimo de lucro como intención de obtener una ventaja patrimonial a través de la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, por lo que queda claro que la cosa tiene que estar dotada, también en los delitos de apoderamiento, de valor económico». Sería preciso tener en cuenta que aquí el legislador no exige el efectivo enriquecimiento, sino la mera tendencia o pretensión, en el sentido de los delitos incongruentes de Maurach, en los que el tipo resulta estructuralmente incongruente, cuando la ley extiende el tipo subjetivo más allá del objetivo.

La noción privada de propiedad, actúa como marco de referencia para establecer el objeto jurídico de protección en el ámbito penal, que se debe completar a través de los principios generales de intervención mínima y lesividad, de forma que se produzca una coordinación con los fines del Derecho penal. El concepto de propiedad en el ámbito penal toma inicialmente como referencia la noción civil pero debe acomodarse al sentido de la protección penal dispensada a los bienes jurídicos.

En el acercamiento a la noción penal de propiedad el autor atiende a una línea doctrinal representada en Alemania por autores como Maiwald y Rudolphi. Se destaca el carácter funcional y dinámico de la misma, desde la perspectiva de la interrelación entre sujeto y objeto de la propiedad. Se trata en definitiva de dotar al bien jurídico de un contenido material que permite al mismo llevar a cabo la función político-criminal de límite frente al poder punitivo del Estado.

Lo decisivo, según este punto de vista, es la función objetiva de la cosa en su relación con el propietario en la realidad social. «La distinción entre la perspectiva formal radica en que ésta señala como contenido el conjunto de facultades que emanan de una titularidad jurídicamente reconocida, mientras la perspectiva material atiende a los intereses sustanciales que subyacen a dicha titularidad» (p. 73). (No sólo intereses de tipo económico sino todos los de carácter instrumental para la persona.) De acuerdo con el principio de subsidiariedad del Derecho penal, se lleva a cabo una restricción del ámbito de protección penal de la propiedad, excluyendo los ataques que sólo afectan formalmente a la posición de dominio sobre la cosa. Es decir, deben «producirse perturbaciones significativas de esas potencialidades del titular en relación a los bienes y no meras molestias» (p. 87). «La concepción funcional de la propiedad permite entender que sólo aquellas conductas que sean idóneas para afectar a la funcionalidad de un objeto en su adscripción a un individuo concreto pueden tener relevancia penal» (p. 543).

La protección otorgada a la propiedad, desde la regulación de los delitos considerados, no consiste en la «mera atribución formal o relación estática entre bienes y titular de los mismos... sino las posibilidades de actuación que esa relación concede a su titular y que fluyen de la función que el objeto de la misma cumple para su propietario» (p. 85). Por ello señala Rudolphi que el significado de la protección penal de la propiedad para su titular «no se agota en su mera existencia, sino que abre para él en virtud de su potencia interna una determinada posibilidad de acción» (p. 86).

Señala el autor que los bienes jurídicos individuales, como intereses fundamentales que subyacen en la realidad social, garantizan el desarrollo de la persona al permitirle participar en el ámbito político-social del que forman parte. En un Estado social y democrático orientado a la defensa del individuo como partícipe social, el bien jurídico está basado en la idea de la funcionalidad entre objeto y sujeto. En este sentido, se considera la propiedad como complemento de la libertad (p. 297). Esta concepción obliga a una ampliación del campo de aplicación de estos delitos pues «se sancionará la apropiación de cualquier bien que sea idóneo para satisfacer, en el ámbito patrimonial, los intereses del titular, y no sólo aquella que conlleve un menoscabo o perjuicio valorable contablemente» (p. 89).

### III. CONCEPTO DE APROPIACIÓN

En la obra se analiza en profundidad otro de los elementos fundamentales para la resolución de los casos planteados: el concepto de apropiación. Sin embargo, la doctrina española no ha dispensado al mismo la atención debida ni ha sido incardinado este elemento, al menos de forma independiente, en la estructura típica de estos delitos. Frente a ello, el autor otorga a la apropiación un tratamiento autónomo y lo considera —como resultado típico— núcleo del desvalor de injusto en los delitos de apropiación (pp. 128 y ss.), pues en él se materializa el cambio de dominio efectivo sobre el objeto material del delito.

De manera certera, el autor distingue el significado diverso que posee la apropiación, por una parte, en referencia al resultado típico y, por otra, en cuanto comportamiento típico. «Como resultado típico constituye un elemento del tipo objetivo de los delitos de apropiación que refleja el proceso de incorporación patrimonial al ámbito de dominio del sujeto activo. Como conducta refiere la dinámica comisiva que produce materialmente dicha incorporación» (p. 128). Se distingue entonces entre el plano normativo indicativo de la transferencia patrimonial y el plano descriptivo del proceso material de incorporación de la cosa.

Atención preferencial se dedica a la apropiación como resultado típico. Efectivamente, la apropiación, en cuanto resultado, es la que llena de contenido estos delitos, frente al caso del robo, donde el desvalor de acción, por los medios de apoderamiento especialmente tipificados, adquiere el papel preponderante en el contenido del injusto. La doctrina alemana ha desarrollado el contenido preciso que deba poseer la apropiación en el papel de resultado señalado y el autor recoge extensamente las distintas soluciones propuestas: teoría de la sustancia (*Substanztheorie*), teoría del valor real (*Sachwerttheorie*), teoría de la unión (*Vereinigungstheorie*), dominante en la doctrina alemana actual y para la cual —según formula acuñada y repetida por literatura y jurisprudencia— la apropiación consiste en la «incorporación al patrimonio del sujeto activo bien de la cosa misma, de la que se ve privado el propietario, bien del valor incorporado en ella» (p. 138), y teoría corregida de la sustancia (*Erweiterte Substanztheorie*), encabezada por autores como Rudolph y Maiwald. Por esta última se decanta el autor. Esta posición critica la teoría de la unión por su vinculación con la causación de un daño económico —creando el riesgo de convertir los delitos de apropiación en delitos de enriquecimiento— y por la creación de esa teoría para resolver supuestos que podían serlo a través de la teoría de la sustancia (títulos-valores). Se establece que así como el delito está vinculado al concepto de cosa que aparece en los tipos, el concepto de

apropiación lo está a la lesión del bien jurídico (p. 143). De esta forma, Rudolphi entiende por apropiación el ataque a la propiedad de un sujeto, que conlleva un perjuicio de la objetiva posición de poder que éste tiene, en cuanto el bien afectado pierde la posibilidad de satisfacer funcionalmente a su titular.

La apropiación en sentido total del proceso (*Zueignung*), consiste en la apropiación (*Enteignung*) —como aspecto negativo— y en la apropiación en sentido estricto (*Aneignung*) —como aspecto positivo—. Sería deseable, en este ámbito, una unificación terminológica que permitiera mayor claridad, pues, como el propio autor señala, existe una cierta imprecisión a la hora de utilizar el concepto de apropiación (p. 178). Para ello quizás resultará interesante reservar exclusivamente el término apropiación (*Aneignung*) para referirnos al momento positivo de creación de un poder autónomo de disposición sobre la cosa por el sujeto activo, denominando el total proceso —expropiación y apropiación— apoderamiento, pues, como la doctrina reconoce, las expresiones legales tomar, apoderarse y apropiarse, resultan equivalentes, y con ello se evitan repeticiones que dan lugar a confusión.

#### IV. EL DINERO COMO OBJETO MATERIAL

Como hemos señalado, el trabajo se plantea desde la óptica de ciertos casos de apropiación cuya peculiaridad es la presencia del dinero como objeto material. Podemos destacar sus notas fundamentales económicas, jurídicas y en cuanto objeto material de la apropiación indebida.

Económicamente el dinero «se caracteriza por su función como medio general de cambio y medida común de valor» (p. 266). De esta manera, la potencialidad patrimonial es la funcionalidad radical del dinero, actuando como elemento que da fluidez y rapidez a las operaciones económicas.

Su nota jurídica fundamental, debido a su especial naturaleza, consiste en que «siempre viene referido a una unidad ideal, que permite afirmar que el dinero no se entrega y recibe en el tráfico comercial como lo que físicamente representa, sino en cuanto fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal» (p. 206). Desde la nota económica y jurídica señaladas para el dinero, se muestra la peculiaridad de la propiedad sobre el dinero, respecto a la establecida sobre otros bienes. Quien tiene la obligación de devolver una determinada cantidad de dinero no está obligado a entregar los mismos signos externos en los que se plasma el valor dinerario, sino únicamente a proporcionar otro tanto equivalente. La extrema fungibilidad del dinero impide que la reivindicación frente al tenedor o poseedor se ejerza sobre los mismos billetes o monedas entregados.

#### V. SUPUESTOS PARTICULARES ANALIZADOS

En la segunda parte de la monografía, el autor procede al estudio de los supuestos específicos inicialmente planteados. En todos ellos está presente la privación de una suma de dinero, de manera que este objeto material es el que dota de singularidad al caso. La problemática que suscitan estos casos, donde la especial naturaleza del dinero como objeto de apropiación juega un papel fundamental, ha recibido especial atención en la doctrina alemana después del trabajo de Roxin *Geld als Objekt von Eigentums und Vermögensdelikten* (1966). De gran interés resulta,

tal y como pone de manifiesto el autor, la constante tensión que muestran estos supuestos entre la tipicidad formal que revelan frente a la inexistencia de una lesión material de los intereses del sujeto. Podemos referirnos brevemente a los supuestos más relevantes tratados.

1. Intercambio de dinero sin autorización. La concepción formal de la propiedad obliga a aceptar que el intercambio arbitrario sin consentimiento de dinero constituye una conducta típica de hurto o apropiación indebida. Otra cosa es que pueda negarse la responsabilidad por la ausencia de ánimo de lucro o por la aplicación de la teoría del consentimiento presunto, como en ocasiones realiza la doctrina alemana (pp. 317 y ss).

Atendiendo a planteamientos metodológicos diversos, pero convergentes en la idea de inexistencia de antijuricidad material del comportamiento, autores como Maiwald, Otto, Schmidhauser o Sax apuntan el criterio de la ausencia de lesión real de los intereses del propietario. Concebida la apropiación, desde una óptica funcional de la propiedad, como incorporación al patrimonio del sujeto activo de un objeto que deja de ser funcional para su propietario de modo permanente, puede fundamentarse la atipicidad de la conducta por ausencia de este elemento, ya que el sujeto no queda privado de la utilidad del objeto, pues continúa con el mismo poder adquisitivo.

2. Utilización temporal del dinero (pp. 401 y ss). El elemento de apropiación supone la expropiación permanente para el sujeto pasivo. Por ello esta conducta de «apropiaciones temporales» resultan generalmente atípicas. Desde el concepto funcional de propiedad la utilización temporal de un objeto solo es típica si menoscaba de forma permanente la función del objeto. La perspectiva formal afirma la tipicidad de la conducta, pues la propiedad del dinero se asocia a la de los signos que lo incorporan y la pérdida de los signos implica la de la sustancia de la cosa.

3. Mezcla de dinero propio y ajeno y disposición de fondos comunes. La concepción formal de la propiedad, para el caso de quien recibe dinero de otro, que conduce físicamente a su patrimonio, y lo confunde con sus propios fondos, entiende que la propiedad de una cantidad de dinero se asocia a la de los billetes que lo representan, de manera que al mezclarse tales billetes con los del receptor, se pierde la posibilidad de recuperar el mismo (pp. 461 y ss.). La solución apuntada por el autor atiende a la especial naturaleza del dinero (pp. 465 y ss.) y al título por el cual se rija la relación entre los sujetos copropietarios (pp. 467 y ss.), resultando típico el comportamiento cuando no se esté facultado para disponer de los fondos y se lesionen los intereses penalmente protegidos del resto de copropietarios.

4. Cobro arbitrario de una deuda de dinero. En este caso se produce una lesión formal de la propiedad al privar al acreedor al deudor de una cosa que todavía no le pertenece. La doctrina española suele entender que no mediando violencia o intimidación la conducta resulta atípica (si intervienen estos medios entrará en juego el art. 337 CP). La perspectiva funcional que sigue De la Mata (pp. 498 y ss.) entiende que estamos ante una obligación específica de entrega de un bien, por lo que el mismo tiene un destino obligado y no puede disponerse de él si no es para la entrega al acreedor. Por ello, la apropiación por el acreedor de la cosa debida específicamente no puede resultar lesiva para los intereses del deudor, pues, en ningún caso se menoscaba la funcionalidad que para él posee el objeto.

**TORÍO LÓPEZ, Angel: Estudio crítico del principio «Ninguna pena sin culpabilidad». Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Valladolid, 1993.**

I. En las páginas objeto del presente comentario, nos encontramos con una revisión en profundidad de la situación actual del principio de culpabilidad en la experiencia jurídica, legislativa, jurisprudencial y doctrinal. En la misma, el autor muestra su oposición a las concepciones dominantes, que se alejan de la visión de la culpabilidad como enlace particular entre el autor singular y su comportamiento antijurídico exterior. Sin embargo, el Prof. Torío no se limita a señalar las deficiencias de la situación actual sino que, en coherencia con una valiosa línea de investigación precedente, nos expone su caracterización de la imputación subjetiva vinculada a múltiples planos.

Tras las críticas de Engisch al planteamiento clásico de la culpabilidad, al señalar la imposibilidad de probar la libertad de actuación del hombre en una situación concreta, la doctrina comenzó a buscar nuevas salidas al problema. En la actualidad, determinados autores proponen sustituir o reorientar el principio de culpabilidad hacia las necesidades preventivas del delito (Gimbernat, Jakobs, Roxin), otros autores (Jescheck) pretenden elaborar una noción de carácter social o general, o, bien, simplemente se aboga por la supresión del principio «Ninguna pena sin culpabilidad», optando por un sistema criminal donde la única consecuencia jurídica fuese la medida de seguridad.

Frente a la multiplicidad de orientaciones, tras las críticas de Engisch al apoyo del principio de culpabilidad en la capacidad del ser humano de haber obrado de otro modo en la situación concreta, el Prof. Torío ha desarrollado una serie de contribuciones en las que propugna un concepto individual o personal de culpabilidad —mejor, como señala el autor, de imputación subjetiva— como fundamento y límite de la pena. La contribución que ahora se comenta es la última hasta el momento y, en buena medida, aglutinadora del pensamiento del autor sobre el principio de culpabilidad expuesto a lo largo de distintas publicaciones («El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 1985, pp. 285 y ss. «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», *CPC*, núm. 36, 1988, pp. 759 y ss.).

II. La exposición del Prof. Torío trata de llamar la atención sobre la impropiedad de las concepciones dominantes. Frente al concepto general-impersonal de la culpabilidad, cabe oponer su incompatibilidad fundamental con la noción de culpabilidad, mientras, por otra parte, se demuestra cómo lleva a una situación de confusión en las relaciones entre el juicio de antijuricidad y el de culpabilidad.

La mencionada incompatibilidad resulta fundamental, pues la culpabilidad trata de establecer la conexión particular entre el autor y el comportamiento realizado, mientras la concepción abstracto-impersonal, partiendo de la imposibilidad de probar si una persona hubiera podido actuar de forma distinta, toma como referencia no el poder personal, sino un poder abstracto o poder promedio. «El reproche de culpabilidad no alcanza al autor por lo que él hubiese podido hacer, sino por lo que un tercero, otro, hubiese hecho en su lugar» (p. 16).

Si se concibe la culpabilidad como juicio general o abstracto se priva de sentido a la distinción entre antijuricidad y culpabilidad en la teoría jurídica del delito. El juicio de antijuricidad se refiere al comportamiento delictivo de forma objetiva, general e impersonal. Por su parte, la culpabilidad o imputación subjetiva atiende al plano individual o personal del comportamiento, de forma que el enlace entre autor y acción aparece como único e irrepetible. «En la consideración de la culpa-

bilidad obtiene el principio constitucional de igualdad su más plástica y reverberante significación, en el sentido de que no sólo reclama tratar lo igual como igual —antijuricidad— sino que hace necesario tratar lo desigual como desigual —culpabilidad—» (p. 9).

III. El autor ofrece una noción de imputación subjetiva, que es fruto de un dilatado proceso de reflexión sobre el tema en diversos momentos. En ella se aprecia la necesaria diferenciación, no siempre puesta de relieve, entre la perspectivas formal y material del principio «Ninguna pena sin culpabilidad».

Sin duda cualquiera de las nociones de culpabilidad responden a una previa concepción del hombre. En este sentido antropológico, el autor plantea como presupuesto una imagen compleja y no unilateral. El ordenamiento jurídico, con asiento en la dignidad del hombre, asume la posibilidad del ser humano capaz de orientar su comportamiento según fines y valores. Pero, junto a ello, no se puede dejar de lado la visión empírica del hombre, propia de la experiencia, en donde la decisión individual se muestra vinculada y condicionada por la realidad. «La imagen subyacente a la idea o juicio de culpabilidad es, por el contrario, la del hombre concreto, dado aquí y ahora con sus características limitaciones, en el que el delito no es producto puro de una decisión abstracta, libre, sino de una resolución concreta condicionada por múltiples factores reales» (p. 10). Tanto la imagen previa del ser humano como el tratamiento del principio tantas veces enunciado —en esta visión equilibrada y compleja— se aleja de las orientaciones y contraposiciones ideológicas y apriorísticas iniciadas en la lucha de escuelas del siglo XIX.

En sentido formal la imputación subjetiva requiere la presencia de una serie de elementos. Así, para que quepa afirmarse la culpabilidad del sujeto deberá acreditarse la imputabilidad, la conciencia real o potencial de la antijuricidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad (inexigibilidad de otra conducta, coacción, estado de necesidad exculpante, etc.). Sin embargo, estos elementos no se presentan en un sentido estático, como una mera adición de requisitos, sino que es preciso ponderar el conjunto de los datos de la realidad conducentes al comportamiento concreto.

A esta necesidad de ponderación del conjunto de datos de la realidad atiende la noción sustancial o material de imputación subjetiva. En ella nos aproximamos al fundamento de la imputación o atribución del hecho al autor. Exige tomar en consideración tres aspectos. En primer lugar, como base, la espontaneidad del comportamiento humano. La elección del término espontaneidad permite acercarnos al puesto singular del hombre en la realidad, que se refleja, en especial, en la creación artística o en la labor científica. En el planteamiento del autor, la singularidad del comportamiento humano resulta de que en el mismo se pueden apreciar «datos no inteligibles en términos deterministas o puramente causales» (p. 18).

Por otro lado, es preciso analizar las particularidades del carácter del sujeto, considerando aquí el conjunto de elementos de su patrimonio biopsíquico que se proyectan en la decisión de acción, así como también se deben apreciar las implicaciones de las relaciones educativas y sociales del autor. De esta manera, se consigue articular en el juicio de culpabilidad el conjunto de factores empíricos que posean capacidad de converger en la realización del acto.

Por último, de la noción material o sustancial de imputación subjetiva propuesta se desprende su función político-criminal y preventiva, de la que la práctica en buena medida carece. El concepto material es, como se ha visto, de orden complejo

en cuanto pretende acercarse al conocimiento del conjunto de factores personales condicionantes del comportamiento. Sólo desde la presencia de estos presupuestos podrá atribuirse a la culpabilidad una función preventiva. En la práctica, la determinación de la imputabilidad, como primer momento de la culpabilidad del sujeto, en aquellos casos en los que se efectúa, se lleva a cabo con un método negativo, seleccionando los casos en los que no se encuentra presente la misma, no precisando las características diferenciales y peculiaridades del sujeto. La puesta en práctica de la noción de culpabilidad aquí comentada, en referencia a la imputabilidad, exige remover viejos usos y por supuesto la reforma de la legislación. Como señala el autor «El tránsito desde una concepción abstracta general, a una visión concreta individual de la imputabilidad exige importantes reformas legislativas», en relación a la fórmula general recogida en el CP, así como la necesaria revisión de los arcaísmos presentes en las leyes procesales.

RICARDO M. MATA Y MARTÍN  
Profesor de Derecho penal  
Universidad de Valladolid

**RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, 373 págs.**

El libro del que a continuación se informa corresponde a la publicación del trabajo de tesis doctoral de su autora, Teresa Rodríguez Montañés.

El libro consta de cuatro partes bien diferenciadas: la primera parte trata, a modo de introducción, sobre las consideraciones generales acerca de los delitos de peligro y del concepto de peligro en general. La segunda parte, adentrándose más en el objeto del estudio, estudia el dolo de peligro, su delimitación frente al dolo eventual y a la imprudencia consciente. En la tercera y cuarta parte, se analiza el tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto y en los delitos de peligro abstracto respectivamente.

Todo el estudio se realiza desde un análisis exhaustivo de los diversos y complejos problemas que estos temas presentan, las distintas soluciones dadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a lo largo del tiempo, así como desde una valoración crítica y conclusiones propias por parte de la autora ante cada uno de los problemas planteados.

Sorprende no sólo la intensa profundidad del trabajo realizado, sino la claridad meridiana con que la autora describe problemas que no sólo respecto a su solución, sino desde el propio planteamiento resultan enormemente complejos y que ella expresa de una forma ordenada, estructurada y muy clara.

A continuación, se tratará de reseñar los problemas fundamentales que la autora señala en cada una de las cuatro partes de las que consta el libro, así como las opiniones y valoraciones críticas que Rodríguez Montañés realiza.

La autora parte de dos premisas: la primera es que los delitos de peligro representan un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo. A esta estructura responden la mayoría de los delitos de peligro y esta

conexión con la tentativa y el delito imprudente condicionará en gran medida su tipo subjetivo.

La segunda premisa, derivada de la anterior, es que las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio (pp. 5-7).

Antes de introducirse en el tema concreto del trabajo, que será el tipo subjetivo en los delitos de peligro, la autora considera necesario realizar unas breves referencias respecto al concepto y clasificación de estos delitos. En cuanto a la clasificación, la autora, conforme a la doctrina mayoritaria, diferencia entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Se muestra contraria a la inclusión de una categoría intermedia defendida por Schröder, al entender, de acuerdo con Gallas, que dicha categoría mixta cabrá incluirla entre los delitos de peligro abstracto (pp. 15-20).

Al referirse al concepto de peligro, la autora realiza un repaso por las distintas teorías, comenzando por las teorías objetivas y subjetivas, sigue explicando las modernas teorías, especialmente las tesis de Horn y Wolter, que fundamentan el concepto de peligro desde las coordenadas de la ley causal abstracta y de la ley de imposibilidad concreta, que según la autora se orientan demasiado a una visión causal monista, hoy ya superada y que no tiene en cuenta los principios probabilísticos de la teoría científica moderna. Por otro lado, la explicación puramente causalista excluye todo aspecto valorativo (pp. 22-33). La autora se muestra conforme con el concepto de peligro normativo expresado por Demuth, según el cual, el peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa. Conceptos claves son por tanto el no dominio de la situación por el autor y la causalidad (pp. 35-37).

En la segunda parte, Rodríguez Montañés, estudia la delimitación existente entre el dolo de peligro, el dolo eventual de lesionar, y la imprudencia consciente.

Según la autora, el dolo de lesionar implica necesariamente el dolo de poner en peligro, ya que la atribución de un contenido de injusto propio a los delitos de peligro es rechazable. Las actuaciones peligrosas se prohíben, no porque representen un injusto en sí mismas, sino en cuanto causa o posible causa de la destrucción del bien jurídico (p. 49).

Más problemática ve Rodríguez Montañés la cuestión de si el dolo de peligro implica necesariamente dolo respecto a la eventual lesión. Para dilucidar esta cuestión realiza un examen exhaustivo de aquellas teorías que identifican el dolo de peligro y el dolo de lesión y aquellas que lo diferencian, planteando sus propias críticas a estas teorías y exponiendo sus propias conclusiones.

Respecto a las primeras teorías, destaca la autora las tesis de Schröder, Schmidhäuser y Zielinski. Para estos autores, lo decisivo es que el autor ha tomado en consideración el riesgo de un resultado incierto pero posible. Identifican el dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente. Esta identificación la realizan desde la negación del elemento volitivo del dolo (pp. 51-58). Sin embargo, entiende Rodríguez Montañés que las premisas de las que parten estos autores son erróneas. La diferencia entre el dolo y la culpa viene marcada por la «decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos». Esta decisión requiere, además del elemento intelectual, el elemento volitivo. Actuará imprudentemente quien aun siendo consciente del peligro, *confía* en poder evitar finalmente su materialización y en que todo vaya bien. Ahora bien, para que esta confianza tenga virtualidad de excluir

el dolo eventual, es preciso que tenga una base racional. Será preciso establecer limitaciones objetivas. Lo relevante será la posibilidad de control y evitación con cierto nivel de seguridad (pp. 60-62).

Junto a estos autores, Horn y Wolter desarrollan esta identificación entre el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión considerando el elemento volitivo del dolo. Según estos autores, sólo existe auténtico dolo de peligro cuando el autor piensa que la producción o no del resultado lesivo es independiente de su voluntad, y esto no es otra cosa que dolo de lesionar; en los demás casos únicamente habrá apariencia de peligro (pp. 66-68). Para la autora, Horn y Wolter se olvidan de casos intermedios en los que el sujeto, aun sabiendo que existe una situación de peligro, confía (confianza racional) en la no producción de la lesión (p. 69).

Respecto a las teorías que distinguen el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión, la autora va diferenciando distintas tesis, según cuál sea su fundamento. Así, aquéllas que parten del elemento volitivo del dolo entienden que el autor puede «querer» (consentir, tomar en cuenta, aceptar, conformarse...) la efectiva producción de la lesión, o confiar en que ésta no se produzca (p. 75). Sin embargo, entiende la autora que la cuestión clave no es la voluntad del sujeto dirigida al peligro o a la lesión, sino la de determinar las posibilidades objetivas en las que el sujeto puede basar su confianza, y el distinto marco de confianza admisible respecto al peligro y a la lesión (p. 77).

Entre las tesis que parten de una teoría cognitiva del dolo, se distinguen, a su vez, aquellos autores que incluyen en el elemento intelectual una toma de posición del autor (Jakobs, Frisch) de aquellos que lo delimitan al tipo objetivo (Herzberg, Botke, Puppe). Entiende la autora que lo objetivo tiene su influencia sobre lo subjetivo. Es cierto que debe establecerse un límite objetivo a las posibilidades de confianza. La existencia de esa confianza fundada y racional es presupuesto para decir que el sujeto no actuaba dolosamente; ahora bien, lo decisivo no es el dato objetivo, sino si efectivamente ese autor concreto se ha conformado con la realización del tipo o ha confiado en su no producción. Prescindir de ese dato subjetivo puede llevar a la sospecha de «presunción de dolo». La autora considera importantes las ideas de Herzberg, en el sentido de que las limitaciones objetivas a las posibilidades de confianza racional son fundamentales, pero lo decisivo, según Rodríguez Montañés, no es el dato objetivo, sino que el sujeto lo conozca y decida seguir actuando (pp. 99-101).

El segundo problema planteado es la relación entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión. Rechaza la autora las teorías que diferencian ambas categorías. La imprudencia consciente supone un conocimiento correcto del peligro concreto y la actuación confiando en la no producción del resultado lesivo. En este punto es donde radica la imprudencia, en la errónea confianza en su capacidad de dominar el peligro y evitar el resultado, a diferencia de lo que sucede en la imprudencia inconsciente en que se infringe la norma de cuidado ya en el momento del reconocimiento del riesgo (pp. 109s.).

El concepto normativo de culpabilidad entendido como la infracción del cuidado debido y el traslado de la infracción del deber de cuidado objetivo al tipo de injusto, como núcleo del injusto imprudente, otorgando primacía a la norma de determinación, sientan las bases dogmáticas para una evolución posterior que revolucionará la concepción clásica del delito, cuyo núcleo era la causación del resultado, hasta excluir ese resultado del ámbito del injusto.

La consideración de la infracción del cuidado objetivo como núcleo del injusto imprudente hace que la materia de prohibición en el dolo de peligro y en la imprudencia consciente sea idéntica: la realización de acciones contra el cuidado debido que impliquen un riesgo intolerable no permitido de lesión. En el delito imprudente se prohíbe la puesta en peligro de bienes jurídicos y no la causación de resultados «casuales», cuya producción no juega papel alguno respecto de la lesión de la norma de determinación, cuyo contenido es, por tanto, idéntico en el delito imprudente y el de peligro.

En esta evolución juega un papel esencial la aportación de Engisch, y posteriormente la doctrina de Welzel y el finalismo (p. 118). Aportaciones que Rodríguez Montañés explica en las páginas posteriores.

Entiende la autora que entre las voces que en nuestro país se han pronunciado a favor de la exclusión del resultado del injusto, merece una especial consideración la tesis mantenida por Mir, que él denomina «perspectiva *ex ante*». Según este autor, la exclusión del resultado del injusto, no supone negar la necesidad del mismo sino un cambio de ubicación sistemática; se trata de un elemento que condiciona o limita la punibilidad y cuya exigencia cumple importantes funciones político-criminales.

Se muestra conforme Rodríguez Montañés con Mir Puig en la configuración que éste hace de los delitos de peligro como tentativas de delitos imprudentes, pero rechaza que sea necesario para ello negar el papel del resultado en el injusto convirtiéndolo en una mera condición objetiva de punibilidad, como hace Mir. Para fundamentarlo esgrime la autora cinco razones (pp. 128-134).

Rodríguez Montañés llega a las siguientes conclusiones en esta parte del trabajo: existen ciertos ámbitos en los que el legislador no espera a la producción del resultado lesivo para punir una conducta peligrosa, creando entonces los delitos de peligro. Esto es así en virtud de tres criterios: grado de riesgo e importancia del bien jurídico, naturaleza de la actividad que permite la tipificación de las normas de cuidado y experiencia que permite ver la potencialidad lesiva.

El dolo de peligro no siempre es igual a imprudencia consciente, ya que el primero puede ir acompañado de dolo de lesión. Ahora bien, en caso de dolo puro de peligro, la estructura es idéntica a la de la imprudencia consciente: representación del concreto peligro y confianza fundada en la no producción del resultado. Los delitos de peligro son tentativas imprudentes excepcionalmente castigadas (pp. 134-137).

En la tercera parte del estudio, hace referencia ya la autora al tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto.

Comienza por estudiar la estructura del dolo de peligro, precisando el elemento cognitivo que exigirá que el autor conozca o se represente todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo la acción típica peligrosa y la puesta en peligro concreto. Este segundo elemento consistirá en la concreción o individualización del bien jurídico, y además será necesario que el autor emita un juicio de peligro como relación de pronóstico entre la situación presente y futura. El elemento volitivo se da desde que el autor, a pesar de la representación del peligro, sigue actuando, ya que desde este momento el autor no puede *ex ante* confiar fundadamente en la no producción del peligro. Ello no significa que no se exija elemento volitivo, sino que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a la representación (pp. 161-163).

Se discute sobre la posibilidad de que exista o no dolo eventual de peligro. Después de analizar aquellas teorías que afirman tal posibilidad y las que la niegan, la autora reconoce la posibilidad de que exista dolo eventual en los delitos de peligro, en aquellos casos en que el peligro aparece como consecuencia probable pero no segura de la acción, ya que depende de una circunstancia presente o futura no conocida o no controlable para el autor. Para explicarlo utiliza el ejemplo de aquella persona que ha mantenido relaciones con un enfermo de SIDA y tiene por tanto fundadas sospechas de estar contagiado. Sin embargo, mantiene relaciones con otra persona no infectada sin emplear protección alguna. El sujeto no se representa el peligro como seguro, sino como meramente posible: él espera y quiere creer que él mismo no está infectado, lo que anula el riesgo de transmisión, pero es consciente de la posibilidad de su infección y, en tanto no se someta al test del sida para averiguarlo, éste es un mero deseo insuficiente para excluir el dolo. Estamos por tanto ante un supuesto de dolo, pero de dolo eventual, pues la representación del peligro es como meramente posible (pp. 179-182).

Por tanto, cabrá hablar de dolo directo de primer grado cuando la voluntad del autor se dirija expresamente a crear el peligro; dolo directo de segundo grado cuando el autor se representa el peligro como consecuencia necesaria y segura de la acción si bien no deseada o perseguida, y dolo eventual cuando el peligro aparece como consecuencia probable pero no segura de la acción, que depende de una circunstancia no controlable por el autor (p. 183).

Respecto a la imprudencia en los delitos de peligro concreto, se analiza en primer lugar en qué consiste la comisión imprudente de estos delitos, para después analizar su viabilidad práctica.

En primer lugar, afirma la autora que es falso que la imprudencia respecto a la lesión implique necesariamente imprudencia respecto a la puesta en peligro del bien jurídico, ya que si la actuación se realiza con conciencia de peligro concreto, y pese a todo se actúa, se afirmará dolo de peligro. En cuanto a la relación inversa, la imprudencia respecto al peligro concreto significa puesta en peligro inconsciente, estamos pues en el ámbito de la imprudencia inconsciente (p. 187).

Entiende Rodríguez Montañés que si la imprudencia consciente exige conocimiento del peligro, y el actuar con dicha representación implica dolo de peligro, no cabrá hablar de delitos de peligro con imprudencia consciente.

Por ello, al hablar del objeto y la estructura del tipo subjetivo en los delitos de peligro, se hará referencia a los presupuestos de la imprudencia inconsciente. Lo relevante a efectos del injusto es lo que hubiera podido y debido conocer el hombre medio diligente y cuidadoso, en la concreta posición del autor y con los esenciales conocimientos y capacidades de éste. La mera consciencia y voluntad de realización de la acción típica, sin consciencia de su concreta peligrosidad, es insuficiente para el dolo de peligro e irrelevante penalmente, no es auténtico dolo. Sólo si el autor conoce que con la acción está creando un peligro concreto (acción peligrosa en su dimensión típica) estaremos ante una comisión dolosa (pp. 205-208).

Respecto a la viabilidad práctica, se plantea la autora si será punible la comisión imprudente de los delitos de peligro concreto.

Rodríguez Montañés comienza analizando aquellas opiniones que niegan la punición de los delitos de peligro imprudentes. En primer lugar se examinan aquellas que se fundamentaban en la expresión «mal efectivo» del antiguo artículo 605 del C.P., como exigencia de resultado lesivo para castigar la imprudencia. Entiende la

autora que la actual expresión «hecho» recogida en el artículo 565 del C.P. no puede dar lugar a tal interpretación (pp. 212-215).

En segundo lugar, se estudian aquellas teorías que rechazan la comisión culposa al considerar que se trata de comisiones en sí mismas culposas. Entiende la autora que el hecho de que la configuración del tipo objetivo responda a la estructura básica del delito imprudente no debe prejuzgar el tipo subjetivo de estos delitos (pp. 220-221).

Por último, se contemplan aquellas que niegan la punición en virtud del sistema de penas vigentes, que llevaría a contradicciones y a castigar más lo menos grave. Esta objeción le parece acertada a la autora, que estima que de *lege ferenda* debería revisarse el sistema de sanciones (pp. 222s.).

Entiende Rodríguez Montañés que deberá castigarse con carácter general la comisión imprudente de estos delitos, aunque establece una serie de excepciones, a la vez que realiza algunas propuestas de *lege ferenda* (pp. 224-233).

En la última parte del libro, se refiere la autora al tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto. Va analizando las diversas posturas que sobre el tema se han desarrollado en España y Alemania, acompañando cada una de ellas de una valoración crítica.

Según la tesis de Finger, para que haya dolo el autor debe conocer que con su acción antijurídica provoca un peligro, pero para ello es suficiente que el autor realice la acción prohibida con conocimiento de las circunstancias previstas en la ley. Cuando, a pesar de que el autor tenga conciencia de las circunstancias, la acción no resulte peligrosa, deberá no obstante imputarse el peligro, con el fin de salvaguardar intereses superiores (p. 245). Critica la autora este razonamiento por varios motivos: en primer lugar, si se prescinde de la referencia a la peligrosidad para el caso concreto, se vulnera la exigencia de real eficacia lesiva. En segundo lugar, que la peligrosidad no sea abarcada por el dolo y la imprudencia supone una violación del principio de responsabilidad subjetiva. En tercer lugar, no se respetaría el principio de culpabilidad, en la medida en que se imputa un peligro general o presunto, no contrastado en el caso concreto (pp. 247-250).

Entre las tesis que reconducen estos delitos a delitos de lesión o de peligro concreto destacan Binding y Kindhäuser, quienes entienden el peligro como una lesión *sui generis*. El primero entiende que todo auténtico delito de peligro es una acción de puesta en peligro concreto, aunque no todo delito denominado de peligro lo es. Distingue dos tipos de delitos de peligro abstracto, aquellos que son reconducibles a delitos de peligro concreto, y los que no lo son, éstos son delitos de mera desobediencia, son injustos formales sin un fundamento material. Ahora bien, Binding concibe el peligro concreto como una forma de lesión *sui generis* como la perturbación de la existencia segura del bien jurídico que se da desde el momento en que se aplica un medio idóneo para poner en peligro contra el bien jurídico protegido (pp. 251s.). Kindhäuser desarrolla su concepción de los delitos de peligro abstracto como delitos de lesión contra la «Seguridad», que constituye el fin de la norma y el valor directamente protegido por estos delitos (p. 254). Critica la autora a ambos autores; al primero porque sigue reconociendo la existencia de meros «injustos formales»; al segundo porque considera que la alusión a la seguridad puede legitimar los delitos de peligro abstracto, sólo en la medida en que esa seguridad esté al servicio de la protección de bienes jurídicos esenciales. (pp. 263-265).

Se examina también la tesis de la presunción refutable, defendida por Rabl y Schröder, quienes parten de que habrá de admitirse la prueba de peligro para cada caso concreto. Opina la autora que si la carga de la prueba corresponde al reo, estaremos en una presunción contra reo, y si se invierte la carga de la prueba se estarán convirtiendo en delitos de peligro concreto. El principal fallo de esta tesis es basar la antijuridicidad en el desvalor de resultado, ya que la esencia del injusto en estos delitos está en la peligrosidad de la acción (pp. 268-269).

Respecto a la tesis de Cramer, entiende la autora que en su teoría subyace la idea de peligro abstracto referido a la peligrosidad de la conducta desde un juicio *ex ante* al expresar que en los delitos de peligro abstracto el legislador castiga comportamientos típicamente aptos para producir un resultado lesivo; sin embargo, posteriormente, entiende Rodríguez Montañés que Cramer traiciona sus planteamientos iniciales y vuelve al dogma del resultado, cuando entiende que entre los diversos delitos de peligro, existe sólo una diferencia cuantitativa (pp. 274s.).

A continuación, la autora hace un análisis de las diversas teorías centradas en el desvalor de acción. Aquellas que entienden «la peligrosidad» como elemento característico de estos delitos. Así analiza la tesis de Volz basada en «la asunción del riesgo», «la reconducción a la imprudencia», por parte de Rudolphi, Horn, Brehm y Schünemann, la tesis dualista de Wolter y las tesis de aquellos autores que diferencian los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro concreto en que en los primeros se exige sólo la peligrosidad general de la acción, en tanto que en los segundos se requiere la producción de un resultado de puesta en peligro. Dentro de esta última teoría existen dos grupos de autores: aquellos que entienden que la peligrosidad general se da con la realización de la acción típica, y no es necesaria su comprobación (Berz, Graul, Mir), y aquellos que entienden necesaria su comprobación (Meyer) (pp. 276-297).

La autora, después de realizar diversas críticas a las distintas teorías, expone su propia opinión personal, ya perfilada al hilo de las críticas y que, de manera simplificada, se puede resumir así: lo relevante en los delitos de peligro abstracto es la peligrosidad *ex ante* de la conducta, que es donde se basa la antijuridicidad material; el que *ex post* se produzca o no el peligro es algo absolutamente irrelevante (p. 298). Será necesario diferenciar clases de delitos en función de la clase de bien jurídico protegido. En los bienes jurídicos supraindividuales, la lesión o puesta en peligro de estos bienes jurídicos es difícilmente tipificable, ya que la lesión se produce, más que por una acción individual, por la repetición generalizada de conductas; por ello se recurre a la técnica de delitos de peligro abstracto. Será legítima la punición de toda realización típica, sin necesidad de constatar su peligrosidad. El dolo o la imprudencia se referirán sólo a los elementos del tipo legal. En el caso de los delitos referidos a bienes jurídicos individualizables, se produce un adelantamiento de las barreras de protección penal a supuestos de imprudencia sin resultado lesivo. La comisión dolosa, en estos casos, exigirá la infracción consciente del cuidado objetivo, por lo que no cabrá hablar de imprudencia consciente. Habrá que distinguir a su vez entre delitos de aptitud, en que el sujeto habrá de abarcar con el dolo esa aptitud lesiva, y los demás casos en los que el dolo abarcará los elementos típicos en los que el legislador fundamenta la prohibición (pp. 338-340).

