

La relación «Dolo de peligro» — «Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza».

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Almería

I

Es tradicional en la jurisprudencia penal española la inclusión del dolo eventual en la estructura típica de los delitos cualificados por el resultado.

Aún antes de que la reforma de 1983 impusiera, a través del nuevo art. 1, 2 la exigencia de responsabilidad subjetiva —«al menos, culpa»— en relación a estos delitos en que «la pena viene determinada por la producción de un ulterior resultado más grave», nuestros tribunales habían ya formulado la tesis del dolo eventual como criterio de imputación de ese resultado cualificante.

La argumentación que servía de apoyo a esta doctrina en los años anteriores a la reforma partía básicamente de la consideración de que todas las conductas insertas en estructuras complejas de cualificación por el resultado (aborto, abandono de menores, atentados a la salud pública ...) encerraban en sí mismas un riesgo probable de lesión para bienes jurídicos adicionales de fundamental importancia (la vida —o salud— de la madre, del menor o de los consumidores ...), por lo que cabía presumir que la realización dolosa de tales conductas implicaba ya en el autor la conciencia de ese riesgo de lesión que se alojaba en ellas y aún su aceptación, de modo que en el caso de materializarse el riesgo en lesión de esos otros bienes jurídicos esenciales habría que imputarla a título dolo-eventual.

Ilustrativas de esta posición jurisprudencial son, por citar sólo algunas de la época, referidas al art. 411 i.f., las STS de 3 de octubre de 1945 (R 1.113) —«*Siendo así que resulta sabido que la práctica del aborto implica tales y tan grandes peligros para la vida de la mujer..., el arros-trarlos equivale al dolo eventual o indirecto especialmente castigado en los preceptos sustantivos que... se citan*»— o de 30 de enero de 1948 (R 35 JC) —«*como no cabe ni aún suponer que los recurrentes ignoraban el gran riesgo de muerte a que era expuesta la abortante al ser sometida a las manipulaciones por ellos deseadas para hacerla abortar, el dolo inicial del aborto quedó extendido y confundido con el eventual del homicidio, generando un sólo propósito criminoso...*»— o también, la de 11 de marzo de 1971 (R 1.330) —«*La Ley arranca de la convicción del agente representándose que como consecuencia de las maniobras abortivas puede producirse, como evento no enteramente querido pero, más que posible probable, la muerte (y) las muy graves o simplemente graves lesiones. En estos complementarios resultados lesivos... hay sin duda una previsión de su producción y una indiferencia volitiva del supuesto de que realmente lleguen a tener lugar*», por lo que «*al querer el aborto se quiso, cuando menos implícitamente, sus posibles consecuencias lesivas*»— (1).

Esta vía de presunciones tendría que ser abandonada con la entrada en vigor del art. 1 del Código penal, que requería la existencia probada de dolo o culpa para la imposición de la pena. Por ello, los tribunales, decididos a mantener en lo esencial su tradicional concepción de estos delitos, debieron fundamentarla más correctamente en cada uno de sus extremos. Para ello, no podía resultar suficiente reconocer en la estructura de estos delitos la existencia de conductas que junto a su capacidad lesiva para determinados bienes jurídicos contenían en sí mismas un peligro tendencial para otros intereses de valor transcendente que podía ser expresada en términos de probabilidad. Era necesario asimismo probar en el autor que las realizaba el conocimiento y, en su caso, la voluntad de arrostrar esos riesgos probables de lesión y aún la lesión misma. Es decir, había que demostrar en el caso concreto que el autor de la conducta dolosa tenía conciencia del peligro que ésta representaba para bienes jurídicos de esencial importancia, distintos de los que se proponía vulnerar (lo que comúnmente se conoce como «dolo de peligro» y alguna vez la jurisprudencia ha definido como «*conocimiento de la proba-*

(1) De esta forma, como señala GIMBERNAT, «cuando el TS afirma que un sujeto activo de un delito cualificado ha causado doloso-eventualmente el resultado más grave, lo único que está haciendo es *exponer la idea (presunción «iuris et de iure» de dolo eventual) en que se ha basado el legislador al crear esos tipos*» (cursiva del original). GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990 p. 264, nota 87. *Vid.* ampliamente, también, MAQUEDA ABREU, M.L., «El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983», *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante, *CPCr.*), 1987, n.º 31, pp. 224 y ss.

bilidad del resultado dañoso» —STS de 7 de marzo de 1991. R 1.926— o «*conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene»* —STS de 20 de febrero de 1993. N.º 348 Colex)— y, además, que esa conciencia suponía en el que actuaba la asunción del riesgo de lesión implícito en su conducta y aún la posible lesión resultante («dolo eventual de lesión», existente, según la STS de 1991 cit., «*cuando el sujeto activo consiente y acepta (el riesgo probable) y... asume el daño a pesar de la posibilidad de su consumación en caso de persistir en la ejecución... de los actos»*) (2).

De este modo, «dolo de peligro» y «dolo (eventual) de lesión» terminarían por configurarse definitivamente como momentos subjetivos característicos de los delitos cualificados por el resultado.

Siguiendo esta línea interpretativa, una sentencia del Tribunal Supremo todavía reciente, de 23 de abril de 1992 (R 6.783. Ponente: E. Bagigalupo), más conocida como «la sentencia de la colza», ensaya una

(2) Tiene razón HORMAZABAL, cuando afirma que, en general, la jurisprudencia española no ha individualizado en su fundamentación del injusto objetivo-subjetivo de los delitos cualificados por el resultado, la idea de peligro, salvo en relación al art. 488 del Código penal. HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, *AD.ºP y CP*), 1979, p. 1030. En efecto, sobre este último precepto —art. 488—, merece consultarse, aparte las citadas por el autor, la STS de 21 de diciembre de 1993 (R 9.592) que precisamente desdeña esa equiparación entre dolo de peligro/dolo eventual de lesión para optar, en sustitución de este último, por la culpa consciente pese a admitir «*el conocimiento personal de la acusada, por tener el título de puericultora, del enorme riesgo de que (el abandono de un menor de once meses) pudiese conducir al resultado producido: muerte por bronquitis»*. También, excepcionalmente, la STS de 27 de febrero de 1992 (R 1.361) remite a la idea de peligro para fundamentar la imputación subjetiva, esta vez doloso-eventual, del resultado en relación al art. 348 del Cp cuando estima que éste debe ser aplicado, «*pues aunque el resultado mortal no fue directamente deseado, se aceptó y admitió dicha posibilidad letal al vender heroína de tan alto grado de pureza sin advertirlo a los compradores, así como del riesgo probable de que se diera aquel resultado ...»*.

Sin embargo, en los últimos años es frecuente el recurso a la previa representación del peligro concreto creado por la acción, para concluir acerca de la presencia del dolo eventual respecto del resultado lesivo, sea éste cual sea y sin referencia a delito cualificado alguno. Así sucede con la STS de 20 de diciembre de 1993 (R 9.578) que, desde un plano más general, describe la doctrina del dolo eventual, afirmando que «*desde el momento en que el contenido de la conducta ejecutada representa una alta probabilidad del peligro para el bien jurídico tutelado, la tesis de la imputación objetiva ... (?) obliga a aceptar que quien obra con conocimiento de aquella probabilidad de daño está aceptando que éste se produzca ... o, en otras palabras, que obra con dolo eventual el sujeto que reconociendo o representándose la existencia en su obrar de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado típico ... no desiste, pese a ello, de ejecutar su acción, asumiendo la posibilidad de que tal resultado se produzca ...»*. Vid. también en ese sentido, las STS de 3 de octubre de 1987 (R 6.951), de 22 de marzo de 1988 (R 2.072), de 7 de marzo de 1991 (R 1.927) o de 13 de noviembre de 1991 (R 8.299). A veces, el Tribunal Supremo se refiere a una teoría, que llama «de la peligrosidad», y que a su juicio permite hablar de intencionalidad doloso eventual cuando el encausado se representa «*además del peligro concreto de su acción, su final resultado, con aprobación o aceptación previa del mismo»* (STS de 24 de octubre de 1989, R 7.744).

nueva forma de concebir la íntima relación existente entre una y otra especie de dolo. Su decisiva importancia, aparte lo coherente de su argumentación, reside en trasladar a la doctrina jurisprudencial nuevas perspectivas de la dogmática actual en su definición del dolo —dolo eventual— como mera representación del peligro jurídicamente desaprobado que el autor crea con su acción alcanzando por esta vía la afirmación de una identidad entre dolo de peligro y de lesión.

Refiriéndose a la comercialización de aceite de colza procedente de empresa dedicada a aceites y grasas industriales que había sido mezclado con grasa animal y otros aceites de semillas coloreados con clorofila o betacaroteno así como sometido a un procedimiento de refinado tendente a eliminar la anilina, afirma la sentencia que *«eran previsibles las consecuencias de la acción respecto de la vida y la salud de las personas»*. *«La introducción en el mercado de consumo alimentario de productos regenerados por procedimientos no homologados y sustrayéndolos a los controles habituales es indudablemente —prosigue— una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado»*. *«Todo esto resulta todavía más significativo en el presente caso en el que el riesgo para la vida y la salud estaba constituido por la manipulación de venenos, lo que permitía considerar que la producción de muerte y lesiones no era improbable»*.

Por tanto, *«si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que el aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, el dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones»* pues *«el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico»*. *«Consecuentemente, concluye, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos. En tales supuestos, no cabe duda que si el autor conocía el peligro... y si no obstante ello obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado... para la configuración del dolo eventual»*.

Aún cuando puede afirmarse que esa calificación de dolo eventual aplicada por el Tribunal Supremo a la conducta de los intervinientes en la comercialización del aceite de colza se alcanzaría muy seguramente también desde una posición más clásica, integradora del elemento volitivo en la definición del dolo, lo que ahora interesa valorar en abstracto es si la tesis que hace suya la sentencia elimina las dificultades que tradicionalmente han existido para la definición dolo eventual/culpa consciente, sin hacerles perder su respectiva autonomía y si resulta aceptable como solución definitiva para la siempre compleja definición del dolo. Por otra parte, queda pendiente la polémica cuestión de si el dolo eventual, sea cual sea el concepto que se asuma del mismo, debe formar parte del injusto específico de los delitos cualificados por el resultado. Comenzaremos por analizar la estructura de injusto que les caracteriza.

II

Es común en doctrina y jurisprudencia considerar que la existencia de los delitos cualificados por el resultado en nuestro Código evidencia el interés del legislador por ofrecer un tratamiento penal agravado y diferenciado a ciertos hechos cuando son consecuencia de una conducta lesiva que abarca ya el peligro de su producción. La *ratio* de su incriminación vendría representada entonces por la necesidad de valorar individualizadamente la peligrosidad inherente a esas determinadas conductas que, junto a su aptitud lesiva para ciertos bienes jurídicos, suponen una grave amenaza para otros de carácter distinto y más valorados penalmente (3).

Pero, por otra parte, este es también el fundamento legal de otras tipicidades —configuradas como «delitos de riesgo» (Título V, Capítulo II del Código penal)— que implican, a la vez que un peligro para intereses concretos (vida y salud, normalmente), la perturbación de otros, a menudo de carácter colectivo vgr. la salud pública (4).

Siendo esto así, parece entonces que lo que define la peculiaridad de los delitos cualificados por el resultado es la diversa técnica legislativa empleada en su descripción típica. En ellos, el legislador no se limita a castigar la peligrosidad específica de determinados comportamientos (peligro abstracto) ni siquiera la amenaza concreta que pudieran representar para un bien jurídico (peligro concreto) —como hace en esos otros delitos contra la seguridad colectiva y parece el procedimiento más correcto—, sino que hace depender la aplicación de la pena de una circunstancia ulterior, esto es, de que aquella situación de riesgo para los bienes jurídicos generada por el comportamiento típico devenga en una *perturbación efectiva* de los mismos. Es, pues, la producción del resultado de lesión en que se concreta el peligro que representa la conducta básica del autor lo que motiva la aplicación de las reglas punitivas especiales que se expresan a través de estas figuras delictivas (5).

Si bien, la gravedad de ese injusto objetivo no es suficiente para explicar las agravadas penas con que el legislador conmina su realización. Ni aún si junto a él se valora, como rasgo que suele reconocerse espe-

(3) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 172-174. También, ampliamente, DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal Español de 1980» (I), *AD.^oP y CP*, 1982, pp. 636 y ss.

(4) En ellos, «la idea de peligro se configura en función de víctimas potenciales indiferenciadas —un colectivo, pues—, cuya protección se eleva ya a la condición de bien jurídico autónomo y diferenciado». Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código penal de 1992», *Actualidad Penal*, n.º 26, junio/julio de 1994, pp. 492 y 497.

(5) *Vid.* CARDENAL MURILLO, A. para quien, no obstante, la significación del resultado en la estructura típica de estos delitos es «meramente garantística», sin valor constitutivo de su injusto característico. «Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado», *AD.^oP y CP*, 1989, pp. 606 y 607.

cialmente significativo de estos delitos, el elevado grado de tendencia que la misma ejecución de la acción de peligro representa para la aparición del resultado lesivo (6) o, lo que es lo mismo, la cualificada previsibilidad de éste a partir del momento de realización del comportamiento prohibido (7).

Y es que todos estos elementos, esenciales para la definición de la estructura característica de los delitos cualificados por el resultado adquieren su verdadera relevancia cuando se valoran conjuntamente con la *actitud subjetiva* del autor que los realiza. En efecto. Si el primer paso para la superación del pensamiento versarista fue el empeño por implicar al autor y hacerle participar subjetivamente en el desarrollo del hecho y consiguiente imputación del resultado, hoy, en una fase de afirmación del principio de culpabilidad, se impone el esfuerzo por determinar el grado de implicación subjetiva que es exigible y adecuado al marco de merecimiento de pena previsto legalmente para estos delitos.

Y en este examen, cabe destacar, por lo menos, dos momentos decisivos de análisis: a) el que viene representado por la ejecución típica —peligrosa— que pronostica la aparición del resultado lesivo; b) el de su producción efectiva. Aunque, de otra parte, como la conducta inicial que contiene en sí misma ya ese peligro potencial para bienes jurídicos —que luego se concretará en el resultado cualificante— es, a la vez, una conducta de lesión para otros bienes jurídicos de distinta naturaleza, ello nos obliga también a un examen diferenciado de las posibles actitudes del autor frente al hecho que realiza. Empecemos por él.

Parece existir un acuerdo prácticamente unánime en doctrina y jurisprudencia acerca de la exigencia de dolo en el autor que lleva a cabo la conducta inicial lesiva de un delito cualificado por el resultado (sea el aborto, el abandono de un menor o un comportamiento lesivo de la salud pública de los arts. 341 ss. del Cp) (8). Aún cuando teóricamente es imaginable la hipótesis de imprudencia en el hecho básico (piénsese en la combinación art. 346,2/348), razones no sólo de justicia material (9)

(6) Cfr. HIRSCH, H.J., «Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts», *Goltammer's Archiv für Strafrecht*, 1972, pp. 73-74.

(7) Cfr. en ese sentido, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, AD.^oP y CP*, 1989, p. 346. En definitiva, el criterio que llevó durante años a la jurisprudencia a considerar *implícita* a los delitos cualificados por el resultado, la afirmación de una *causalidad adecuada*, por entender que en ellos el resultado es consecuencia «normal» o «característica» o «natural» de la acción peligrosa y, por ende, ordinariamente previsible para la generalidad. Vfr. MAQUEDA ABREU, M.L., «El principio de responsabilidad subjetiva...», cit., pp. 222 y ss. También, GIMBERNAT ORDEIG, E. «La causalidad en Derecho Penal», *AD.^oP y CP*, 1962, p. 561. Recientemente, ponen el acento en esa exigencia de adecuación, como criterio restrictivo de la causalidad, las STS de 12 de noviembre de 1987 (R 8.500) y 17 de marzo de 1992 (R 2.358).

(8) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados por el resultado...», (I), cit., pp. 636-637. Asimismo, en cuanto a la doctrina jurisprudencial, HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva y subjetiva...», cit., pp. 1028-1029.

(9) Así, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones...», cit. p. 345.

sino también de orden legal, la hacen inaceptable. Como se ha afirmado, ello supondría castigar lo imprudente igual o más gravemente que lo doloso en cuanto que la pena aplicable sería la de reclusión menor (y multa, si del art. 348 se tratare) cuando el hecho básico causado imprudentemente diere como resultado muertes asimismo imprudentes. Y esta solución contradice lo establecido en el párrafo cuarto del art. 565 del Cp (10).

Partiendo de este presupuesto —dolo en la conducta inicial lesiva de un bien jurídico— queda todavía por analizar la posición subjetiva del autor frente al riesgo de consecuencias más graves inherente a la conducta que realiza y contenido en ella como un peligro específico que luego se actualizará, en su caso, en el resultado cualificante.

Esa idea de peligro, tan fundamental en la definición de la estructura típica de estas figuras delictivas, parece que debe concebirse, siquiera sea en principio, como atributo de la acción y, por tanto, como afirmación de su peligrosidad en abstracto, que no es otra cosa que el reconocimiento de una aptitud lesiva general apreciada en un juicio *ex ante*. Si bien, tratándose de delitos que exigen para su consumación la lesión o menoscabo de determinado bien jurídico, difícilmente podrá eludirse, como estadio necesario de análisis, el momento en que aquel peligro genérico se concrete en una amenaza efectiva para ese bien jurídico que después resultará lesionado (peligro concreto) (11). Por lo que podría afirmarse que en ellos el riesgo inherente a la conducta típica inicial debe conducir a una situación de peligro real para un bien jurídico —resultado de peligro— que deviene a la vez en una lesión del mismo, como concreción de aquel riesgo precedente —resultado de lesión— (12).

Y en este *continuum*, que no hace sino marcar los hitos decisivos para la imputación objetiva del resultado en estos delitos, son diferenciables dos momentos relevantes —el peligro y la lesión— que reclaman el análisis de las posibles actitudes del autor que los realiza en orden a alcanzar la configuración definitiva del injusto objetivo/subjetivo de los delitos cualificados por el resultado.

Pues bien, en lo que a la puesta en peligro se refiere, parece generalizada la opinión que requiere una actitud dolosa en el autor. En efecto, suele admitirse que quien realiza intencionadamente la conducta inicial lesiva de uno de estos delitos, actúa a conciencia del riesgo que su com-

(10) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 92. También, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, PE*, 9 ed. tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 482.

(11) Sobre el criterio de distinción entre peligro abstracto y concreto que se sigue en el texto, *vid.* MAQUEDA ABREU, M.L., «La idea de peligro ...», cit., pp. 488 y ss.

(12) Así también, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados ...» (I), cit. p. 647; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., pp. 98-99; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, I, 4 ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 344. Sobre el concepto de resultado en los delitos de peligro concreto y de lesión, *vid.* LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia 1992, pp. 118 y ss. y 154 y ss.

portamiento representa para bienes jurídicos de carácter relevante (dolo de peligro) (13).

Donde comienzan entonces las discrepancias, en particular entre doctrina y jurisprudencia, es a la hora de determinar si esa actitud dolosa ante el peligro implica ya en el autor que realiza un delito cualificado por el resultado la asunción de la posible lesión resultante. O, expresado en otros términos, si para la constitución del injusto total de cualquiera de estos delitos se requiere que ese dolo de peligro inicial se complemente con un dolo eventual de lesión o simplemente con imprudencia (14). Veamos estas dos posibilidades separadamente.

1. *La combinación dolo de peligro/dolo (eventual) de lesión es, como ya se ha expresado, la más difundida en la doctrina jurisprudencial.*

Realmente pudiera pensarse que su empleo no resulta compatible con la estructura interna de unos delitos en que la agravación de la pena que supone la producción del resultado —por ello «cualificante»— se explica en razón de no haber evitado el autor, pese a haberlo advertido, ese peligro tendencial inherente a su acción y aún la situación de inseguridad o de crisis creada por ella para el bien jurídico. Algo bien distinto, desde luego, a haber pretendido conscientemente dañar la integridad de ese bien jurídico a través de la producción del resultado. Pues, como con razón se argumenta, «si el sujeto quiere realizar lo más grave y lo realiza..., tras lo realizado no hay posible resultado ulterior ni, por supuesto, más grave. Quien con dolo... de matar realiza una mezcla nociva para la salud en alimentos y los pone a la venta (no) realiza una estructura de delito cualificado por el resultado sino uno o varios homicidios o asesinatos» (15). Aquí, la voluntad de lesión del bien jurídico absorbería el desvalor de su puesta en peligro al presuponerla, y le haría perder la consideración individualizada que le es característica en la estructura típica de estos delitos. Se trataría de un «injusto normal», no del específico que se reclama para los delitos cualificados por el resultado (16).

(13) Cfr. STS de 20 de febrero de 1993 (n.º 348, Colex). En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados ...» (II), *AD.ºP y CP*, 1983, pp. 105 y ss. Sobre el concepto de «dolo de peligro» que comparto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid/Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

(14) El art. 1, 2 del Cp, introducido por la reforma de 1983, se limita a exigir que «el ulterior resultado más grave ... se hubiere causado, *al menos*, por culpa», pero lo que, en principio, pudiera interpretarse también —como, por razones de proporcionalidad, ha hecho la jurisprudencia mayoritaria (Cfr., por todas, la STS de 27 de febrero de 1992, R 1.361)— que admite su imputación a título doloso eventual. Otra interpretación basada en criterios teleológicos y a mi entender más correcta, en Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos ...» (II), cit. pp. 629 y ss. y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*. PG, E. Castellanos, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 114 y ss.

(15) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., p. 110.

(16) Así lo entiende también, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados ...» (I), p. 636.

Esta conclusión, que parece clara y fácilmente asumible para los casos en que el resultado es abarcado por el dolo directo del autor, no tendría por qué desvirtuarse cuando el elemento subjetivo concurrente es el dolo eventual, al menos siempre que en su definición esté presente, como elemento constitutivo, la decisión del autor favorable a la posible lesión de bienes jurídicos (17).

En efecto. Si lo que permite calificar a un delito cualificado por el resultado como injusto diferenciado —especialmente tipificado— es la necesidad de valorar de modo individualizado y agravado la desobediencia del autor a la amenaza de lesión contenida en la conducta que realiza como un riesgo específico del que es consciente al actuar, mal podrá tomarse en consideración de forma individualizada aquella desobediencia cuando el autor «quiere» ya esa lesión, aunque sea en la forma menos intensa que suele atribuirse a la definición del elemento volitivo en el dolo eventual (18). Y ello, porque, como señala la STS de 3 de octubre de 1987 (R 6.951), también al dolo eventual es característica «la decisión de lesionar bienes jurídicos (porque) es... dolo antes que eventual».

Esta idea se reitera a menudo en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial de nuestro país, mayoritariamente partidaria del reconocimiento de una «voluntad de lesión» en el dolo eventual: sea por aplicación de la teoría estricta del consentimiento —«que el agente... hubiera seguido actuando aunque se hubiera representado el resultado como seguro, esto es, que lo apruebe»— (19), sea a través de una teoría mixta en que el consentimiento se combina con la exigencia de una alta peligrosidad de la acción y que estima existente el dolo eventual «cuando el agente, después de haberse representado como muy probable la producción a través de la acción de un resultado... consiente, acepta y se hace cargo del mismo si sucediera, con tal de no renunciar a la finalidad o resultado directamente proyectado y querido como meta de su ilícita actuación» o «cuando el autor obró contando seriamente con la posibilidad de realización del tipo y asumió sus efectos o cuando obró con indiferencia respecto del resultado que se representó» (20). Ya que, como

(17) Este conocido criterio, elaborado por ROXIN, ofrece, a mi entender, las bases precisas para alcanzar la necesaria diferenciación entre el comportamiento doloso y el imprudente, en que la consciencia del peligro no afecta a la decisión de actuar pues el autor no acepta la posibilidad de producción del resultado. ROXIN, C., «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *Juristische Schulung*, 1964, pp. 58 y ss. De la misma opinión del texto, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad* ..., cit., p. 111.

(18) No puede ignorarse, como señala Díez RIPOLLÉS, J.L., que «el papel preeminente del peligro, a estas conductas sustancial, queda difuminado en cuanto estas conductas se equiparan a aquellas otras en que ... existe una voluntad de materializar ese riesgo en un resultado material», «Los delitos calificados ...» (I), p. 636.

(19) Cfr. STS de 6 de febrero de 1988 (R 907). También, STS de 1 de diciembre de 1987 (R 9.517 y 9.800, respectivamente).

(20) Así, las STS de 3 de octubre de 1987 y 26 de diciembre de 1987 (R 6.951 y 9.879). Es hoy la tesis más difundida en la doctrina jurisprudencial: *vid.* también las STS

puntualiza la STS de 27 de marzo de 1990 (R 2626), «*Todas tienen como punto de referencia la voluntad del sujeto que no se detiene con la creación de una situación peligrosa o de probable realización del tipo penal, sino que se conecta con la efectiva producción del resultado, y en esta voluntad reside... la razón justificadora de que se otorgue al dolo eventual el mismo tratamiento penal que al dolo directo*».

Parecida conclusión cabe obtener, en mi opinión, de la aplicación de una teoría —no estrictamente pura— de la probabilidad. Pues aún cuando se afirma que ésta «no enfrenta al autor con el resultado sino con la situación peligrosa» (21), lo cierto es que si para definir el dolo eventual requiere que la representación del autor abarque la seria producción de un resultado con el que «se cuenta» al actuar (22), ello puede interpretarse como «conformarse con» ese resultado, en definitiva «querido», por más que se prefiriese que no llegara a tener lugar. Según ello, pudiera inferirse que es precisamente de la actuación del autor «a conciencia de que existe la concreta probabilidad de producción del delito (de donde) deriva necesariamente el «querer» requerido por el dolo eventual» (23). Así parece entenderlo también la jurisprudencia cuando califica como «juicio volitivo» la exigencia de que «el sujeto «cuenta» o «se conforme» con la producción del resultado» (24).

de 16 de octubre de 1986 (R 5.624), 19 de diciembre de 1987 (R 9.800), 22 de marzo de 1988 (R 2.072), 6 de junio de 1989 (R 5034), 27 de marzo de 1990 (R 2.626), 31 de octubre y 13 y 25 de noviembre de 1991 (R 7.471, 8.299 y 8.558), 20 de febrero de 1992 (R 1.223), 27 de octubre de 1993 (R 7.874) ...

(21) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», cit., p. 251 y en «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 421. En parecidos términos, vid. también, MIR PUIG, S. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Planteamiento general. Ariel, Barcelona, 1994, p. 69 nota n.º 105.

(22) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. «Acerca del dolo eventual», cit., p. 251.

(23) Cfr. MIR PUIG, S., *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de Jescheck, I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 429. Con la teoría de la probabilidad, dentro de una concepción del injusto basado en la conducta peligrosa externa que este autor propugna, no se renuncia a «exigir para el dolo la necesidad de *querer* la acción típica además de *conocer* su peligrosidad», *El Derecho Penal ...* cit., p. 69, nota n.º 105.

(24) Cfr. STS de 11 de diciembre de 1992, n.º 2.165 (Colex). También, la STS de 16 de diciembre de 1992, n.º 2.079 (Colex). Si bien es verdad, que muy a menudo la jurisprudencia traduce como «aceptación» o «asunción» del resultado la mera representación probable de su producción. Como se desprende, por ejemplo, de la argumentación empleada por una sentencia reciente para afirmar el dolo eventual en un caso de «muerte resultante de la venta de heroína de un alto grado de pureza sin advertirlo a los compradores pues, afirma el TS, *siendo el vendedor consciente del riesgo probable de que se diere aquel resultado si se usare sin rebajar su pureza, conocimiento que tenía por su anterior condición de adicto a la heroína*», la vendió y con ello, «*aceptó y admitió dicha posibilidad letal (aunque) el resultado mortal no fué directamente deseado*» (STS de 27 de febrero de 1992, R 1.361). Parece tener razón, pues, GIMBERNAT cuando afirma que *de hecho* la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo que dicen seguir la teoría del consentimiento, siguen en realidad la teoría de la probabilidad. «Algunos aspectos ...», cit., p. 422.

Parece pues indudable, como conclusión, que la aplicación de cualesquiera de las teorías clásicas acerca del dolo eventual conduce al reconocimiento de un «querer» relativo al resultado y que, pese a admitirlo, el Tribunal Supremo afirma su compatibilidad con la estructura típica de los delitos cualificados por el resultado. Únicamente alguna sentencia aislada parece reconocer la contradicción inherente a esa tradicional construcción jurisprudencial. Así, por ejemplo, la STS de 19 de septiembre de 1990 (R 7.185) relativa a un caso de aborto del párrafo último del art. 411 del Cp, opta por la combinación dolo/imprudencia por entender que *«otra solución... conduciría a una fórmula que no parece ser querida por la Ley, de tal manera que, mediando dolo, sea éste directo o eventual... estaríamos en presencia de un concurso de delitos porque desde la perspectiva legal sólo se contempla un dolo y el dolo eventual no es otra cosa, desde el punto de vista del Derecho Positivo, que una modalidad de aquél...»* (25).

Pero existe aún en la jurisprudencia una línea interpretativa del dolo —comprensiva del dolo eventual— que pudiera ser capaz de solventar esa contradicción interna que subyace a su tradicional doctrina acerca de los delitos cualificados por el resultado. Me refiero a la que aparece contenida en la ya mencionada sentencia sobre el aceite de colza, de 23 de abril de 1992.

Si bien es verdad que en ella se emplean para la imputación subjetiva del resultado cualificante del art. 348 del Cp argumentos que pudieran atribuirse a la aplicación de la teoría de la probabilidad (26) —como, por otra parte, parecen haber deducido algunas de las sentencias posteriores que han reproducido buena parte de sus afirmaciones (27)— en-

(25) En el mismo sentido, la STS de 17 de marzo de 1989 (R 2.688). Se descarta, con buen juicio, el tratamiento del dolo eventual como categoría diferenciada del dolo y, por tanto, su aproximación a la culpa que todavía algunos autores mantienen. Así, en relación a los delitos cualificados por el resultado, HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva ...», cit., pp. 1.042 y 1.049. Críticamente, ZUGALDIA ESPINAR, J.M., «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *AD.^oP.* y *CP*, 1986, pp. 400 y ss.

(26) Como la propia sentencia parece reconocer: *«En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que a pesar de las declaraciones programáticas que parecen acentuar la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad»* (e invoca argumentos contenidos en la STS de 27 de diciembre de 1982 sobre «el caso Bultó»). Pero lo cierto es que esta misma sentencia somete también sus conclusiones a las exigencias de la teoría del consentimiento en que *«lo decisivo —a los efectos de si el autor ha consentido el resultado representado— es si el juez puede obtener, a partir de los motivos y metas que el autor ha perseguido con su acción, la convicción de que éste ha preferido la realización de la misma a la evitación de sus posibles consecuencias»*. Y *«es claro que a partir de estas consideraciones también se revela que ... prefirió el lucro perseguido como objetivo a una seria eliminación del riesgo ...»*.

(27) Así lo entiende también TORIO LÓPEZ, A., y cita en su apoyo las sentencias de 20 de febrero de 1993 y 28 de enero (R 125) y 20 de abril (n.º 839 de Colex) de 1994. «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas». Ponencia pre-

tiendo que a ella sólo se recurre como fórmula de apoyo subsidiaria a las conclusiones que ya obtiene por una vía original que libera, esta vez sí, al dolo de todo componente voluntativo o lo interpreta, al menos, de modo diferente a como ha venido haciéndose hasta ahora.

Su verdadera doctrina —o la parte más trascendente de ella— podría condensarse, en mi opinión, en su definición del dolo —que sólo a veces refiere expresamente al dolo eventual— como «*conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido*» (28). Afirmación ésta que se acompaña de la consideración de la acción peligrosa como único elemento del tipo objetivo de los delitos de resultado que sirve de referencia al dolo. Así se desprende de la siguiente argumentación: «*En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos, en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracterizan, precisamente, al dolo*».

Con este planteamiento, el Tribunal Supremo ensaya una nueva concepción del dolo que se asienta, a su vez, en una configuración asimismo novedosa de los elementos característico del injusto objetivo (de los delitos de resultado) (29). Y en la forma en que lo hace no parece posible reprocharle esa incoherencia básica que se ha destacado en la construcción jurisprudencial precedente acerca de los delitos cualificados por el resultado. En efecto, si lo que constituye, según esta sentencia, el contenido del tipo objetivo —a los efectos de delimitación del comportamiento prohibido en los delitos de resultado (cualificado o no)— es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para un bien jurídico

sentada en el Curso «*Los elementos subjetivos de los tipos penales*», organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 17-19 de octubre de 1994.

(28) Y concluye para la aplicación del art. 348 a uno de los intervinientes en la comercialización del aceite de colza: «*se ha comprobado que la acción de ... fue más allá de esos límites, ... que conocía el carácter peligroso de la misma. Por lo tanto, ... obró con dolo, al menos, eventual ...*».

(29) Tesis ésta que recuerda a la mantenida en la doctrina alemana por FRISCH, para quien la constitución del injusto típico se agota en la realización de conductas que crean un determinado riesgo desaprobado de producción del resultado —lo que califica como «comportamiento típico»— y sólo a esas conductas entiende que debe ir referido el substrato psíquico del dolo —el dolo eventual se concibe como la forma básica del dolo— que define como mero conocimiento del riesgo que representan, al margen de exigencias volitivas o emocionales —un conocimiento normal en el sentido de «partir para sí» de aquel riesgo que es fundamental para la desaprobación legal de determinado comportamiento—. FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymams, Köln/Berlín/Bonn/München, 1983, pp. 65 y ss., 72 y ss., 192 y ss., 340 y ss., 411 y ss., 496 y ss. y 510 y ss.

cuya lesión resulta objetivamente previsible —o no improbable— (30) y, además, entiende que en la mera representación de ese riesgo —y posterior actuación— se agota el contenido característico del dolo, qué duda cabe que su planteamiento es plenamente compatible con la existencia de unos delitos —los cualificados por el resultado— cuya *ratio essendi* reside precisamente en la necesidad de valorar individualizadamente la conducta del que actúa a conciencia del riesgo que crea para bienes jurídicos esenciales. Pero también es cierto que de este modo, se priva al delito cualificado de toda especialidad respecto de cualquier otro delito de resultado (31). Quizás por ello, el Tribunal Supremo en el pronunciamiento que se comenta no ha encontrado obstáculo alguno para admitir la tentativa en relación al art. 348, pese a tratarse de una estructura compleja de aquellas características. Así lo hace expresamente, cuando afirma: «*El dolo eventual es suficiente para la tentativa (o el delito frustrado) pues si lo es para la consumación, nada justifica que no lo sea para las llamadas formas imperfectas del delito... cuando la acción realizada lleva en si el peligro de producción de muerte*» (32).

(30) Así lo argumenta la sentencia en relación a otro de los intervinientes en el caso de la colza: «*La introducción en el mercado de consumo alimentario de productos regenerados por procedimientos no homologados y sustrayéndolos a los controles habituales establecidos es indudablemente una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues el límite del riesgo permitido en este ámbito es —dada la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados— reducido... Todo esto resulta todavía más significativo en el presente caso, en el que el riesgo para la vida y la salud estaba constituido por la manipulación de venenos, lo que permite considerar que la producción de muertes y lesiones no era improbable ... la previsibilidad del resultado es claramente indiscutible*».

Aquí, como en la teoría de la probabilidad antes aludida, se enfrenta al autor con la situación peligrosa, no con el resultado, respecto del que basta «un juicio de pronóstico», como posibilidad futura, que es lo único que puede exigirse al autor *ex ante*. Así también, en la doctrina española, MIR PUIG, *El Derecho Penal* ... cit., pp. 61 y ss. y 66. *Vid.* la valoración de esta construcción en la tesis de Frisch, donde está asimismo presente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 87 y ss.

(31) Es verdad que la conducta en estos delitos puede crear un riesgo para bienes jurídicos diferentes —vgr. en el aborto, la vida del feto y de la madre— pero ello no afecta en nada a la línea de razonamiento que se está siguiendo en el texto donde no interesa el punto de referencia del riesgo sino la configuración de su estructura típica.

(32) Pese a las reservas que esta construcción suscita en la doctrina (cfr., por todos, TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tentativa con dolo eventual», *AD.º P y CP*, 1992, pp. 515 y ss.), lo cierto es que la jurisprudencia la ha admitido tradicionalmente (así, TAMARIT, en ob. cit., p. 517, nota 8 y las recientes STS de 20 de noviembre de 1992, R. 9.615 y de 20 de diciembre de 1993, cit., R 9.578), aún cuando se declara consciente de los riesgos que entraña: en particular, afirma la STS de 25 de octubre de 1989 (R 8.477), la infracción del principio de legalidad por cuanto pudiera entenderse que se está «*en realidad creando un atípico delito de peligro, contra la taxatividad de los tipos penales derivada del indicado principio*». En el ámbito de los delitos cualificados por el resultado, la solución resulta aún más problemática, por cuanto su misma estructura parece requerir, desde el punto de vista legal, la efectiva producción de un determinado resultado para cualificar y agravar la pena, por lo que, en principio, parecen repeler la solución de la tentativa. Ello no supone, sin embargo, la imposibilidad de recurrir a ella, más que si se exige imprudencia respecto al resultado cualificante, pues entonces su producción sí

Pero, a mi entender, el problema esencial de esta construcción, en lo que a su tesis central se refiere, reside en la relación de identidad que permite establecer entre dolo (eventual) y culpa consciente.

Pues si, de una parte, se prescinde en el concepto de dolo de todo componente volitivo, reduciéndolo al conocimiento del riesgo penalmente relevante propio de una acción y, de otra, se subordina el juicio de adecuación —como criterio de imputación objetiva— a la previsibilidad objetiva de un resultado cuya producción no es improbable que acontezca a partir de la realización de aquella acción peligrosa (33), difícilmente podrá eludirse la asimilación con la culpa, de la que la previsibilidad objetiva es asimismo presupuesto (34), del mismo modo que lo es la representación si de una culpa consciente se trata. Según ello, quedaría como única categoría diferenciada —y excluída de la estructura de los delitos cualificados por el resultado (35)— lo que habitualmente se identifica como culpa inconsciente, donde falta ya el elemento de la representación. Así parece admitirlo también la sentencia que se comenta cuando, partiendo esencialmente de las bases indicadas —*«el conoci-*

es fundamental para la aplicación del complejo (así, CARDENAL MURILLO, A., «Naturaleza y límites ...», cit., pp. 606-607). Pero si el resultado se considera imputable en los casos de concurrencia de dolo eventual —y parte integrante del injusto objetivo de estos delitos—, nada se opone a admitir la tentativa (o frustración) siempre que la gravedad del peligro creado por la conducta del autor y su concreción respecto de víctimas determinadas y sus bienes jurídicos más esenciales lo hagan aconsejable para mejor valorar el injusto realizado. Uno de esos casos es, desde luego, el relativo al aceite de colza. Con todo, tiene razón HIRSCH, cuando objeta a la construcción del dolo eventual referida a los delitos cualificados por el resultado precisamente, los problemas que plantea en materia de tentativa, «Zur Problematik ...», cit., pp. 65 ss.

(33) Cfr. ROXIN, «La problemática de la imputación objetiva», *CPCr*, 1989, n.º 39, p. 754. Vid. asimismo, el planteamiento propuesto por GÓMEZ BENFITEZ, J.M., en su reciente artículo «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Jornadas Hispano-Alemanas. Universidad Complutense / Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 92 y ss.

(34) Vid. también, SILVA SÁNCHEZ J., «*Aberratio ictus* e imputación objetiva», *AD.ºP* y *CP*, 1984, pp. 364 y ss. Obsérvese cómo en esta construcción se abandona, de modo correcto a mi entender, la tradicional idea de que el peligro, cuando se halla inserto en estructuras complejas de cualificación por el resultado, debe definirse en términos de probabilidad, lo que implica el riesgo de caer, demasiado fácilmente, en presunciones de dolo eventual (así también, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones ...», cit., p. 348). Y es que la afirmación de un peligro referido a la acción no implica más que un grado de tendencia suficiente en ella para producir la lesión de un bien jurídico, que resulta ser entonces «no improbable» o mejor, «objetivamente previsible» (criterio de adecuación). Y esa previsibilidad objetiva, por cualificada que sea, es también, como se afirma en el texto, elemento de la culpa. Cfr. por todos, CEREZO MIR, *Curso ...* cit., p. 421. Sobre el pensamiento de la adecuación y sus repercusiones en la teoría de la imputación objetiva, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992, pp. 95 y ss.

(35) Lo que, a mi entender, resulta correcto desde una perspectiva diferente, que se expresa *infra* en nota n.º 51. Expresamente en contra, HIRSCH, H.J., «Zur Problematik ...», cit., p. 70.

miento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento»—, señala que «...la exclusión del dolo, como dolo eventual, (sólo es posible) cuando las medidas que el autor ha tomado para evitar el resultado le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que, en tales casos, habrá carecido del conocimiento de dicho peligro» (36).

Si, pues, se entiende que el punto de partida para la imputación subjetiva de un resultado como doloso (eventual) reside en el conocimiento del riesgo —jurídicamente desaprobado— de que el mismo acontezca (dolo de peligro), parece que desde el momento en que se admita que tal conocimiento es asimismo elemento constitutivo de la culpa consciente, habrá que concluir, siquiera sea en principio, acerca de la identidad de todas esas categorías (dolo de peligro/dolo (eventual) de lesión/culpa consciente de lesión) (37). Y las consecuencias que de ello se extraen no parecen aceptables. A más de un tratamiento individualizador de la culpa, referido únicamente a la culpa inconsciente (38), esa identificación propiciaría efectos que, a mi entender, resultan indeseables: de una parte, la ampliación del ámbito del dolo a costa de la culpa (consciente), con la consiguiente extensión de la responsabilidad penal o, cuando menos, su agravación, incompatible con la valoración punitiva que la ley atribuye a la distinción entre delitos dolosos e imprudentes (39); de otra, la confusión entre delitos de peligro y de lesión, pues toda situación de peligro concreto que estuviera abarcada por el dolo del autor pasaría a constituir

(36) Tesis que recuerda el planteamiento de SCHMIDHÄUSER cuando niega la culpa consciente en aquellos casos en que el autor, a pesar de haber tenido conciencia del peligro antes de la acción, descarta la posibilidad de producción del resultado atendiendo a las circunstancias concretas del momento en que actúa, supuesto que el autor denomina «culpa aparentemente consciente», SCHMIDHAUSER, E., «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)», *Juristische Schulung*, 1980, p. 250.

(37) Así también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., cuando afirma: «Desde los planteamientos de una teoría estrictamente cognitiva del dolo, que prescinde del elemento volitivo y lo reduce al «conocimiento del riesgo típico» o de la posibilidad de lesión, la única conclusión coherente es la identificación del dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente», *Delitos de peligro ... cit.*, p. 58.

(38) A mi entender, poco convincente. Sobre el planteamiento que entiendo preferible, vid. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 240 y ss.

(39) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», cit., p. 258. Este no es, sin embargo, un efecto que pueda atribuirse propiamente a la tesis de FRISCH que, en realidad, más bien parece que amplía el ámbito de la culpa consciente al referirla a supuestos de confianza *irracional*—y no sólo fundada—, y sobre su base excluye tanto el dolo de peligro concreto como el de lesión, según que no se represente la posibilidad de producción de uno u otro, pues entonces entiende que el autor no «parte para sí» sea de la posibilidad del peligro concreto sea de la lesión. Así, en *Vorsatz und Risiko*, cit., pp. 291 y ss. Vid. especialmente su rechazo a esa crítica, en «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung» en *Fest. für K. Mayer*, Walter de Gruyter, Berlín / New York, 1990, p. 546.

tentativa (o frustración) del tipo de lesión correspondiente (40). Y si esta solución es ya discutible en relación a un concepto estricto de dolo eventual integrador del elemento volitivo, más aún debe serlo cuando a causa de su mera referencia cognoscitiva al peligro, resulte asimilado a la culpa consciente (41).

Lo cierto es, sin embargo, que tales consecuencias muy dudosamente podrían atribuirse a la construcción propuesta por el Tribunal Supremo en esta sentencia de la colza, si se analizan detenidamente las matizaciones que incorpora al núcleo de su doctrina acerca del dolo. En particular, las que parecen cuestionar esa inconveniente identificación entre dolo (eventual) y culpa a partir de la afirmación de un dolo de peligro.

Las bases para su diferenciación parecen venir sugeridas por la propia comprensión que la sentencia propone del elemento intelectual del dolo, que por cierto contempla siempre como un dolo unitario referido a un riesgo no improbable de producción de un resultado. En efecto, el conocimiento que exige para su afirmación no se agota en la mera representación abstracta de un peligro referido a la acción, sino que requiere la representación —no errónea— del peligro real y concreto que con ella se crea y, por tanto, de la posibilidad de que la lesión acontezca. Y esa representación se niega coherentemente —y se aprecia culpa inconsciente— cuando el autor descarta esa posibilidad de producción del resultado sobre la base de una confianza objetiva, fundada, en las medidas adoptadas para su evitación, pues se entiende que entonces habrá carecido de la conciencia misma del peligro originado (42). Así cabe deducirlo de las consideraciones en que funda la exclusión de culpa en el caso concreto de alguno de los intervinientes en la comercialización del aceite de colza: *«Si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y sería de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones... el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca, su confianza, no se apoyaba(n) en un fundamento lo suficientemente racional (pues) el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo tanto, sobre estas bases, no es posible eliminar el dolo, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela, en realidad, la indiferencia del autor...»*.

(40) Cfr. ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro ...*, cit.

(41) Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tentativa ...», cit., pp. 550 y ss.

(42) En estos pasajes, la sentencia se aleja de la posición de FRISCH a la que recuerda en su exposición (cfr. supra nota n.º 29), en cuanto que establece límites objetivos a la posibilidad de confiar, que no están presentes en la construcción de aquel autor quien, pese a diferenciar dolo de peligro y de lesión, lo hace sobre parámetros exclusivamente subjetivos, admitiendo por tanto los casos de confianza irracional (cfr. supra nota n.º 39).

Podrá afirmarse, conforme a criterios más tradicionales, que estas consideraciones no afectan al elemento intelectual del dolo sino a su aspecto volitivo y, por tanto, a la posible afirmación de una decisión del autor frente al bien jurídico o bien, que van referidas a la exclusión de culpa —pero consciente— pues el dolo de peligro subsiste. El Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que si esa confianza fuera racional —objetiva— existiría culpa, pero culpa inconsciente, por faltar el elemento de la representación característico tanto del dolo como de aquella otra clase de culpa. Pero con ello no se cuestiona la necesaria valoración diferenciada de estas categorías ni se desorbita el ámbito del primero a costa de la segunda, porque el alcance que reconoce a la culpa inconsciente permite muy seguramente dar cabida a la mayoría de los casos, si no a todos, los que la doctrina mayoritaria califica de culpa consciente.

Con todo, prefiero sumarme a esos planteamientos más tradicionales que reclaman la exigencia de un elemento volitivo en el dolo a fin de valorar la actitud del autor frente a los posibles resultados de peligro (concreto) o de lesión que pudieran derivarse de la realización de su conducta peligrosa y, a partir de él, determinar el ámbito reservado a la imprudencia.

Si, como afirmábamos antes, se entiende que el elemento cognoscitivo es común tanto al dolo de peligro como al dolo de lesión —ya que «la representación de la posibilidad de poner en peligro concreto implica necesariamente la representación de la posibilidad de lesionar» (43)— y a la culpa consciente —que presupone asimismo esa representación (44)—, la vía más adecuada para alcanzar la diferenciación de esas categorías —que, a mi juicio, deben ser diferenciadas— pudiera ser la de exigir la comprobación de una voluntad de evitación en el autor, sea de ese peligro representado como posible, sea de esa lesión previsible para poder concluir en caso de ausencia de la misma, esta vez sí, en la afirmación del dolo. Y qué duda cabe que, como afirma la sentencia, uno de los índices más relevantes para comprobar esa voluntad de evitación reside en la adopción de medidas dirigidas a impedir la producción del resultado (45).

(43) Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Dolo de peligro ...*, cit., p. 75.

(44) Representación que no sólo abarca la peligrosidad de la acción sino también la puesta en peligro concreta del bien jurídico. Por ello afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., su identificación con el dolo de peligro, existente desde el momento en que «se reconoce un peligro concreto y próximo del resultado lesivo y se valora como tal», *Delitos de peligro ...* cit., pp. 108 y ss. y 112.

(45) Así, la STS de 25 de octubre de 1991. Punto de vista que, en el desarrollo de la teoría final de la acción, sostuvo ya en su día, KAUFMANN, A., al afirmar, por ejemplo, que «... la delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del «ánimo», de la «actitud», ni únicamente de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; puesto que la voluntad de realización que se propone como fin la evitación del resultado ... debe ser una voluntad orientadora que se manifieste en un acontecer externo», «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70, 1958, p. 76 y, más ampliamente, pp. 73 y ss. Por último, *vid.* también este criterio, como indicador de la negación del dolo, en la jurisprudencia analizada por ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «La demarcación ...», cit., pp. 419 y ss.

Conforme a ello, el autor que actúa contando con la imposibilidad o escasa posibilidad de evitación de un resultado que queda entonces a merced del azar, puede decirse que lo asume —«que cuenta o se conforma con él»— y, por tanto, concurrirá dolo, pues su misma actuación evidencia ya su decisión frente al bien jurídico (46). Y esa «decisión» o «asunción personal» sí resulta ya suficientemente expresiva de la especial relación del delincuente doloso con su hecho y la norma que lo incrimina más gravemente (47).

El ámbito de la culpa quedaría reservado entonces para aquellos casos de representación errónea de una posibilidad de evitación del resultado que sean «creíbles» o, si se prefiere, capaces de generar en el autor una confianza racional y realista en su no producción, gracias al control que cree tener de la situación (48).

Como, de otra parte, peligro y lesión son dos situaciones referidas a momentos diferentes del curso causal —el primero antecede al segundo—, también resulta posible la distinción dolo de peligro/dolo de lesión, siempre y cuando la asunción de un riesgo para un bien jurídico no conlleve necesariamente la de su lesión. Eso es lo que sucede en los casos en que, tras el peligro, no se ofrecen posibilidades reales de evitación o bien cuando la magnitud del peligro y, por tanto, la probabilidad del daño son tan elevadas que las oportunidades efectivas de control de éste resultan inexistentes o, por lo menos, no se puede confiar fundadamente en ellas (49). Y es que cuando existe un alto grado de aproximación o cercanía de la ac-

(46) En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro ...* cit., pp. 62 ss.

(47) *Vid.* ampliamente, HASSEMER, W., «Los elementos característicos del dolo», *AD.ºP y CP*, 1990, p. 918. Pero, como afirma este autor, el dolo, en cuanto «decisión a favor del injusto» es un hecho interno que sólo puede llegar a conocerse con ayuda de elementos externos de caracterización, como, de otra parte, ha afirmado también muy a menudo la jurisprudencia española (Cfr., por todas, la STS de 9 de mayo de 1993, n.º 1.177 de Colex). Así también, KAUFMANN, A., «Der dolus ...», p. 77 nota 45. Esos elementos, que Hassemer califica de «indicadores», han sido analizados en la doctrina de nuestro país por ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «la demarcación ...», cit. pp. 418 y ss. y, muy recientemente, por DÍAZ PITA, M., *El dolo eventual*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 319 y ss.

(48) Así, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados ...», cit., p. 349; y también, más ampliamente, en «En el límite entre dolo e imprudencia», Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, *AD.ºP y CP*, 1985, pp. 970 ss. y en su obra, *El delito imprudente*, cit., pp. 282 ss.

(49) Se trata de combinar esos dos criterios objetivos que propone RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: de una parte, el grado o magnitud del peligro que la acción representa, y de otra, las posibilidades de control del mismo, bien entendido que «a partir de cierto nivel de riesgo ... la conducta es valorada normativamente como dolosa», *Delitos de peligro ...*, cit., pp. 62, 64 y 69. Relativiza, sin embargo, el valor de esos criterios, a los que considera como «dos de los diversos indicadores externos de la presencia de dolo», DÍAZ PITA, *El dolo eventual ...*, cit., pp. 311 y ss. En mi opinión, esos dos criterios permiten objetivar el límite entre dolo y culpa sin dejarlo depender de la actitud o sentimiento del autor, al tiempo que se consigue una distinción cualitativa entre esas dos categorías como injustos diferenciados. *Vid.* esta idea en KAUFMANN, A., «Der dolus ...», pp. 81 y ss.

ción del autor a la lesión del bien jurídico y es tan elevado, en consecuencia, el grado de peligrosidad que la conducta representa para el bien jurídico, a partir de un examen de las circunstancias concurrentes, resulta inadmisibles —no creíbles— un error de valoración en el autor. Un ejemplo muy representativo lo ofrece el caso de la colza y las mismas argumentaciones contenidas en la sentencia que lo enjuicia pueden servir para confirmar este planteamiento.

Pero también es posible, como con razón se ha señalado, «que el sujeto sea consciente de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo pero no se conforme con el eventual resultado lesivo sino que confíe fundadamente en poder controlar el peligro y evitar la lesión» (50), en cuyo caso, al dolo de peligro no sigue un dolo de lesión, sino únicamente culpa (consciente). Así, por ejemplo, son imaginables casos de confianza racional en la evitación de un peligro asumido de lesión en relación a la vida o salud de la madre en el aborto —dada la pericia reconocida del autor o su cuantiosa y exitosa experiencia— o a la del menor en un abandono realizado en condiciones que permitan creer que se deja a salvo su integridad o también, por qué no, en múltiples supuestos relativos al art. 348 —vgr. quien vende droga de alta pureza creyendo fundadamente que el comprador conocía la alta concentración del producto—.

2. *Esta combinación dolo de peligro/culpa de lesión*, es la que la mayoría de la doctrina española propugna para conformar el injusto característico de los delitos cualificados por el resultado.

Son situaciones típicas en que el autor, conociendo el riesgo inherente a su conducta y previendo el daño previsible (51), confía fundadamente en su capacidad personal de evitación del mismo basada en un error de valoración de sus posibilidades en el caso concreto.

El fundamento de las agravadas penas con que el legislador conmina la producción del resultado, residiría entonces en el reproche que para él merece la conducta de quien, advirtiendo el peligro de lesión que

(50) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro ...*, cit., pp. 69 y ss. y 76.

(51) La exigencia de un «dolo de peligro», como elemento subjetivo constitutivo de los delitos cualificados por el resultado, excluye de su ámbito los casos en que el autor realiza la acción típica peligros sin conciencia del riesgo concreto que produce con ella ni, por tanto, de la previsible lesión resultante. Estos casos de *imprudencia inconsciente* no debieran quedar comprendidos en la estructura de estos delitos, probablemente porque en ellos la gravedad de injusto de la conducta peligrosa es menor. Así lo entiende también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., y lo justifica afirmando que, en la *imprudencia inconsciente* «el desvalor subjetivo de la acción» no se da, en cuanto que falta «la incorporación del conocimiento en el proceso de decisión y la actuación pese a ese conocimiento como expresión de la decisión a favor de la puesta en peligro», *Delitos de peligro ...*, cit., pp. 193 y 233. En otro sentido, CARDENAL MURILLO, A. «Naturaleza y límites ...», cit., p. 608. Ello es asimismo congruente con la afirmación que se hace a continuación en el texto acerca de la existencia en estos delitos de un «injusto adicional» que, en la forma en que se entiende, no resultaría aplicable a los casos de *imprudencia inconsciente*.

ésta representa para bienes esenciales, actúa descuidadamente al sobrelorar su capacidad y la efectividad de sus recursos para controlar la situación y evitar el resultado. Se trataría, pues, de una *imprudencia cualificada* por la lesión del deber de abstenerse de realizar acciones que se saben peligrosas para un bien jurídico —como se desprende el mensaje normativo contenido en su descripción típica— o, si se prefiere, por la desobediencia a la amenaza de lesión contenida en la conducta que el autor realiza y que, a consecuencia de su desatención, se concreta en la producción del resultado. Son los argumentos que apoyan la existencia en estos delitos de un «injusto adicional», explicativo de la elevada punición que contienen (52).

El que ésta supere el límite de proporcionalidad exigido por la relación entre gravedad de injusto y merecimiento de pena no es sino una decisión del intérprete discrepante de la del legislador (53). Y muy dudosamente puede ello justificar una interpretación alternativa para la adecuación del marco penal justo que, a juicio de cada analista, merezca una realidad legal, por más que las altas penas previstas para estos delitos no convenzan a nadie.

Pero tampoco la doctrina del dolo eventual soluciona adecuadamente el problema, aún si con él se exige el elemento volitivo correspondiente, porque a través de esa vía se privilegia al autor que, a conciencia del nivel de riesgo que la realización de su conducta supone de producción de un resultado lesivo muy grave, sigue adelante con indiferencia hacia lo que le depara el azar (54). Más aún cuando ello implica olvidar el contenido de ilícito de un hecho inicial —doloso directo— que supone la lesión consciente y querida de un bien jurídico (sea la salud pública, la vida del feto o la infracción de los deberes inherentes a la patria potestad ...), pues la pena prevista en estos delitos es la correspondiente al homicidio doloso para cuando se produce muerte —esto es, reclusión menor o prisión mayor, si de una lesión grave se trata (art. 411 i.f.)— (55).

(52) Así, especialmente, SCHRÖDER, F.C., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlín / New York, 11 ed., 1994, par. 18, n.º 34; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24 ed., 1991, par. 18, n.º 5; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5 ed., 1989, par. 18, n.º 1 y 3.

(53) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., pp. 96 y 115 y ss. También GIMBERNAT, cuando afirma que, en estos delitos, la ley ha demostrado «que no ha querido ser razonable», *Delitos cualificados por el resultado ...*, cit., 167 y 172. Sobre el concepto de «merecimiento de pena» en relación al injusto de un hecho, vid. LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *AD.º P y CP*, 1993, pp. 22 y ss.

(54) Lo que contribuye, como afirma GIMBERNAT, a «adormecer esa mala conciencia» que debe producir al jurista la existencia de los delitos cualificados por el resultado «cuando de lo que se debería tratar es de mantenerla viva», «Acerca del dolo eventual», cit., p. 264, nota 87. Asimismo, MUÑOZ CONDE, F., entiende que «la tesis del dolo eventual se basa en una falsa concepción de esta figura», *Derecho Penal. PE*, cit., p. 482.

(55) Así, ampliamente, SUÁREZ MONTES, F., «Aplicación del nuevo artículo 1 del Código penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, 1984/85, pp. 224 y ss.

Y ni siquiera el recurso jurisprudencial al llamado «efecto de cierre» ofrece, a mi entender, una solución satisfactoria. Su empleo por parte de los tribunales se explica precisamente por la toma de conciencia del trato privilegiado que la tesis del dolo eventual depara a los autores de estos delitos cualificados. La propia sentencia de la colza, así lo justifica: «*El punto de vista desarrollado por la jurisprudencia se basa, evidentemente, en el principio de proporcionalidad y en una interpretación estricta del principio de culpabilidad (para evitar) los supuestos beneficios que se podrían derivar para el autor...*».

A través de él, se busca adecuar el marco penal previsto en las figuras de cualificación por el resultado al que se obtendría de la aplicación de las reglas generales del concurso (ideal) de delitos, que figurarían así como límite mínimo de punición para evitar injustos beneficios. Así pues, con su empleo se haría irrenunciable, al margen de las reglas de determinación de las penas previstas en el art. 61, 4 del Cp, una sanción distinta a la de reclusión menor en grado máximo, en casos de resultado de muerte (doloso eventual), tanto si se trata del art. 348 (que prevé reclusión menor y multa), del art. 411 if (en que la pena establecida es de reclusión menor) o aún, del art. 488 if (cuya pena, en el caso más grave en que los autores del abandono fueran los padres, tutores o guardadores de hecho, es de prisión mayor). Ahora bien, si se conviene en que la *ratio* que sirve de justificación a la existencia legal de estos delitos es la de ofrecer, por las razones que sean (prevención general (56), presencia de un injusto adicional ...), una valoración individualizada y, por tanto, ajena a las reglas del concurso, para determinadas conductas que, a juicio del legislador, merecen un tratamiento diferenciado y agravado —de ahí, la calificación de estos delitos como «supuestos específicos de un concurso ideal tipificado y cualificado» (57)—, mal se respeta esa *voluntas legis* si los tribunales, a su arbitrio, recurren precisamente a las reglas generales del concurso y determinan la pena aplicable a estos casos, por justa que sea, haciendo uso de una valoración alternativa, que muy dudosamente puede encuadrarse en el ámbito de una interpretación judicial adecuada (58).

(56) Fundamenta en ellas, la existencia de los delitos cualificados por el resultado, HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva y subjetiva ...», cit., p. 1027.

(57) Así, CARDENAL MURILLO, A., «Fundamento ...», cit., p. 613. También, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., p. 95.

(58) No parece, pues, de recibo la opinión que ve en este «efecto de cierre» «el comienzo de una despedida de hecho y definitiva de los delitos cualificados por el resultado en su tradicional concepción doctrinal (combinación de dolo y culpa ...)», Cfr. GONZÁLEZ PULIDO, A., «El «efecto de cierre» en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su transcendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado», *Revista del Poder Judicial*, 1989, n.º 14, p. 105.

III

Pero ello no significa que esta opción —dolo/culpa—, preferible a la del dolo eventual —dolo/dolo—, resulte aceptable como propuesta de *lege ferenda*, y precisamente, por el dudoso respeto que supone a las exigencias de proporcionalidad que deben informar toda decisión legislativa. Por ello, quizás, el nuevo Proyecto de Código Penal de 1944 ha optado, siguiendo el mayoritario parecer de la doctrina científica, por sustituir esas figuras de cualificación por el resultado por la creación de tipos de peligro (59).

Estos se configuran, como en reformas anteriores, como cualificaciones que encuentran su razón de ser no ya en la producción de un resultado lesivo sino en el empleo de medios peligrosos o circunstancias que hacen previsible o pronosticable su aparición. Así, en el ámbito de las lesiones (arts. 148 if y 154), de las agresiones sexuales (art. 175, 5), de las relaciones familiares (arts. 221, 3 y 224, 2), del robo violento (art. 235, 2), etc... Esta es, sin duda, la vía más correcta (60). Pues si es verdad, como se afirma, que en estos delitos el peligro es lo importante y que cuando eso sucede el legislador interviene antes de que se produzca el resultado dañoso... «¿Por qué proceder a la inversa en los delitos calificados por el resultado y valorar el peligro sólo cuando se produce el resultado?» (61).

La desaparición de estos delitos calificados por el resultado es un mérito que debe reconocérsele a la proyectada reforma penal, que con su nueva regulación evitará, muy seguramente, la mayoría de los problemas que con su existencia se plantean en la actualidad.

(59) Así, expresamente, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados ...» (II), cit., pp. 104 y 124 y ss. También, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*. PG, cit., p. 117 y SUÁREZ MONTES, F., «Los delitos calificados por el resultado en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 6, pp. 628 y ss. y 640; y «Los delitos calificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1», *Comentarios a la Legislación Penal*, T.V, Vol. I, Madrid, 1985, pp. 47 y ss.

(60) Ello plantea, desde luego, los correspondientes problemas de concurso para el caso en que el peligro se concrete en la lesión del bien jurídico que se pretendía prevenir. La cuestión no es precisamente pacífica, como lo demuestran las discrepantes soluciones que doctrina y jurisprudencia (*vid.* por todas, el resumen que ofrece de la cuestión la STS de 17 de septiembre de 1993, n.º 1.105 de Colex) proponen para resolver supuestos como el de concurrencia de la agravación de uso de armas y otros instrumentos peligrosos en el delito de robo del art. 501 if del Código penal. Cfr. VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 843 y ss.

Con todo, debe prevalecer, en mi opinión, la propuesta doctrinal de aplicar en estos casos un concurso de normas y, a partir del principio de consunción, dejar que el peligro quede absorbido por la lesión cuando ésta sea una efectiva materialización de aquél. Así, VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 844. Pues, en otro caso, se violaría el principio «*ne bis in idem*», como expresamente señala ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 302-303. En el mismo sentido, respecto de las lesiones producidas en el contexto de una riña confusa y tumultuaria, HUERTA TOCILDO, S., que propone la aplicación de un concurso de normas, no de delitos entre el art. 424 y 421,1. «El nuevo delito de participación en riña confusa y tumultuaria», *AD.ºP y CP*, 1990, pp. 93 y ss.

(61) Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados...», II, cit., p. 104.