

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

7ª edición
4ª reimpresión corregida

Editorial
B de F
Montevideo - Interp. Aires

2007

Julio César Paiva · Editor

LECCIÓN 9
ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL Y
CLASES DE TIPOS PENALES

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, 2001; *Barbero Santos*, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADPPC 1973, pp. 487 ss.; *Bernstein Iphig*, Resultado y delitos de peligro, en el mismo, *Questiones penales y criminológicas*, 1979, pp. 261 ss. (=RIPIC), XI, 1969), pp. 443 ss.; *Brehm*, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *Carrasco*, Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria, 2002; *Corzo*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales, 1999; *Córdoba Roda*, Los delitos de mise en danger, en *RimDf* 1989, pp. 357 ss.; *Dopsch*, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, pp. 1 ss.; *Engelberg*, Eigenständige Delikte, en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 212, 1926; *Engisch*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, en *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 127 ss.; *Esquivel Gregori*, La prueba en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, 1976; *Figuer*, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, en *Festschrift für Frank*, I, 1930, pp. 230 ss.; II; *Frank*, An den Grenzen des Strafrechts, en *Festschrift f. Strech/Wessels*, 1993, pp. 69 ss.; *Gallas*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, en *Festschrift für Heintz*, 1972, pp. 171 ss.; *Gil Gil*, Los tipos mixtos y su clasificación, RDPCC (número extraordinario) 2000, pp. 77 ss.; *Giamatti*, L'oggetto materiale del reato, 1966; *Günther*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *Grat*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; *Raimund Hassener*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassener*, Rücksehen auf das Verbrechensobjekt, en *Festschrift für Klug*, 1983, pp. 217 ss.; *Herzog*, Eigenständige Delikte, ZStW 82 (1970), pp. 896 ss.; *Hiltenkamp*, Vorsatz und Opferverhalten, 1981; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hoyer*, Zum Begriff der abstrakten Gefahr, JA 1990, pp. 183 ss.; *Hruscha*, Gefahr und Gefährlichkeit, en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 545 ss.; *Hruscha*, Die Dogmatik der Dauerstrafverbrechen, GA 1968, pp. 193 ss.; *Jeschke*, Erfolgsdelikte, en *Niederschriften*, II, pp. 246 ss.; *Kirchhäuser*, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, *Jura* 1984, *el mismo*, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico, IJFriedmann, 1993, pp. 441 ss.; *Kunze*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; *Lange*, Die notwendige Teilnahme, 1940; *Jungfer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Laranzo*, El resultado en Derecho penal, 1992; *Lisza*, Concepto de ofendidos por sí delito, RChL, enero 1949; *Lund*, Mehrstrafige Delikte, 1993; *Margineda*, Los delitos de propia mano, 1992; *D. Marín*, Strafbareitsbeschränkungen bei abstrakten Gefährdungsdelikten, 1991; *Maria*, Bienes jurídicos internacionales y delitos de peligro, 1997; *Méndez*, Los delitos de peligro..., 1993; *Méndez*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *la misma*, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto, RDPCC nº 9 (2002), pp. 39 ss.; *la misma*, Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2001; *A. Meyer*, Die gefährlichkeitsdelikte, 1992; *Mezger*, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, en *Festschrift für Treager*, 1926, pp. 187 ss.; *Mir Puig*, Objeto del delito, en *NEJ*, XVII, pp. 761 ss.; *el mismo*, La habitabilidad

criminal del art. 4 de la LPIUS, RJCat. 1974, pp. 103 ss.; *Neumann*, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, en *Hessener (ed.)*, Strafrechtspolitik 1987; *Novoa Mansuel*, Algunos reflexiones sobre los delitos de peligro, RDP (Argencia), 1968, n.º 3; *Oppenheim*, Die Objekte des Verbrechens, 1894; *Ortega Escobedo*, Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal, 1939; *de Miquel*, Teoría de la Parte Especial del Derecho penal, 1988; *Ostendorf*, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelicts, Jus 1982, pp. 426 ss.; *Quintero Olivera*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Rocco*, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, 1915; *Rodriguez Ramos*, El «resultado» en la teoría jurídica del delito, CPC 1 (1977), pp. 49 ss.; *R. Schmidt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers von sich selbst?, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 113 ss.; *H. J. Schneider (ed.)*, Das Verbrechenstypus in der Strafrechtspflege, 1982 (volumen colectivo); *H. Schneider*, Abstrakte konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, pp. 222 ss.; *de Miquel*, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), pp. 7 ss.; *F. Chr. Schroeder*, Die Gefährdungsdelikte, Beilicht ZStW 1982, pp. 1 ss.; *Schulz*, Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer, en *SchWZSt 71* (1930); *Schönemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pp. 792 ss.; *Schulze*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1969; *Yorio*, Los delitos de peligro hipotético, ADPCP 1981, pp. 823 ss.; *Vollz*, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, 1968; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1951; *Wolter*, Notwendige Teilnahme und strafflose Beteiligung, Jus 1982, pp. 345 ss.; *Zimmer*, Profil dogmatischer delicto plurisubjectivo, 1883; *Zoller*, Die notwendige Teilnahme (tesis), Bonn, 1970.

1 Después de haber contemplado los aspectos más generales de todo tipo penal, profundizaremos a continuación en el análisis de la estructura del tipo penal, en las distintas clases de tipos penales que surgen de distintas combinaciones de tales elementos, y en la distinción de elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación de los tipos.

I. Elementos de la estructura del tipo penal

2 Los elementos estructurales del tipo son tres: la conducta¹ típica, sus sujetos y sus objetos.

1. La conducta típica

3 Toda conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva. Pero aquí no se trata de comprobar los caracteres *generales* de todo comportamiento que puede importar al Derecho penal (carácter externo y final), sino de examinar si, una vez confirmada la presencia de un tal comportamiento, el mismo reúne todos los requisitos de un *determinado tipo penal*. La parte objetiva y la parte subjetiva de la concreta conducta deben encajar en la parte objetiva y en la parte subjetiva del tipo para que concurra una conducta típica.

1. La palabra «conducta», equivalente a la de «comportamiento», da cabida, como sabemos, no sólo a movimientos activos, sino también a comportamientos definidos normativamente.

A) La **parte objetiva** del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Sólo 4 en determinados tipos —como veremos, llamados «delitos de resultado»— se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella: p. ej., la muerte de la víctima en el tipo de homicidio. Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo.

B) La **parte subjetiva** del tipo se halla constituida siempre por la *voluntad* 5 —consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia—, y a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo, el «ánimo de lucro» en el delito de hurto (art. 234 CP). Estos conceptos se explicarán en las lecciones correspondientes a la parte subjetiva del tipo doloso y del delito imprudente.

2. Los sujetos de la conducta típica

6 El tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el **sujeto activo** (quien realiza el tipo), el **sujeto pasivo** (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el **Estrado** (llamado a reaccionar con una pena).

7 *Callies*, que ha destacado la importancia de estos sujetos en toda norma penal, describe la conexión existente entre ellos como un conjunto de *expectativas recíprocas*: cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de expectativas frente a él. Así, el sujeto activo puede esperar que el Estado le persiga y castigue, el sujeto pasivo confía en que la punición del hecho haga desistir a los posibles delinquentes a ejecutar el delito, y el Estado espera que la amenaza de la pena impida la actuación del sujeto activo. La relación intersubjetiva es esencial en toda acción social, por lo que conviene subrayarlo si se quiere entender el delito en su dimensión social y no como fenómeno individual.²

8 El concepto de **sujeto activo** corresponde a las lecciones destinadas a la codificación 8 cuencia (I ec. 14 y 15). Aquí importa, en cambio, la precisión del concepto de **sujeto pasivo**. Ello no sólo posee importancia constructiva, sino también trascendencia práctica: de quién sea el sujeto pasivo pueden depender 1º) la impunidad o no del autor, 2º) la posibilidad de atenuar o agravar la pena y, 3º) otros efectos legales.

9 *Así*, p. ej.: 1º) El consentimiento sólo es válido, en orden a la exclusión de la responsabilidad penal, si lo presta el sujeto pasivo, y la excusa absoluta del art. 268 CP presupone que el sujeto pasivo se halla respecto del sujeto activo en una determinada relación de parentesco. 2º) La individualización del sujeto pasivo tiene importancia para *atenuar* la pena en el número 5º del art. 21, para *agrararla* en los números 2º y 4º del art. 22 (estos preceptos se refieren a la «víctima» o al «olendido») y para *atenuar* o *agrarar*, según los casos, en el art. 23 (que habla del «agraviado»).

2. *Callies*, *Theorie*, pp. 16 s.

Por último, la determinación del sujeto pasivo importa a otros efectos, como los previstos en los arts. 48 y 86 CP.

10 **Sujeto pasivo es «el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito»** (Antoliset). Según esto, el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el «perjudicado»:

11 A) Deben distinguirse los conceptos de sujeto pasivo y de **persona sobre la que recae físicamente la acción típica**.⁵ En los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en otros delitos, como el de estafa, en el cual el engaño típico puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial (sólo ésta constituye el sujeto pasivo, porque sólo ésta es titular del bien jurídico protegido).

12 *Ejemplo:* Engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece. El sujeto pasivo no es el dependiente, sino el propietario de la joyería.

13 B) Sujeto pasivo y «perjudicados» tampoco coinciden. Este segundo concepto es más amplio, porque abarca no sólo al titular del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas. Así, en el homicidio la víctima es el sujeto pasivo, y sus familiares, los perjudicados. El concepto de perjudicado posee trascendencia a efectos de **responsabilidad civil**, que procede frente a todo aquel que tenga ese carácter (ver art. 109 CP).⁴

14 Además de la **persona física normal**, pueden ser sujeto pasivo los **imputables**, la **sociedad**, la **persona jurídica** y el **Estado**, siendo discutible si pueden serlo el difunto y el feto. La extensión del concepto de sujeto pasivo a algunos de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurren en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito.

3. Objetos

15 Debe distinguirse entre **objeto material** (u **objeto de la acción**) y **objeto jurídico**. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como «objeto de la acción».

3. Cfr. p. ej. Cobo/Vives, PG, p. 331.
4. Cfr. Sáinz Cantero, Lecciones, p. 486.

Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (ejemplo: en el delito de hurto es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta).

El objeto **jurídico** equivale al **bien jurídico**, es decir el bien objeto de la protección de la ley. No equivale al objeto material. Ejemplo: en el delito de hurto el objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada. (Sobre esta distinción *vid. supra*, Lección 6, IV 2 A b).⁵

II. Clases de tipos⁶

La clasificación de los tipos puede partir de las modalidades que adoptan sus elementos. 17

1. Según las modalidades de la acción

A) Por las modalidades de la parte objetiva

a) Delitos de mera actividad y de resultado

a) Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la **causación** de un resultado **separable** espacio-temporalmente de la conducta. En los **delitos de mera actividad** no es necesario. Ejemplos: allanamiento de morada (art. 202 CP), agresión sexual (art. 178 CP). Lo contrario sucede en los **delitos de resultado**. Ejemplo: el homicidio (art. 158 CP). En este sentido estricto, no será «resultado» ni la sola exteriorización de la conducta⁷ ni la lesión del bien jurídico.⁸ Así, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada lesiona el bien jurídico de la inviolabilidad de la morada, pero no es necesario que produzca ningún resultado separable espacio-temporalmente, por lo que es de mera actividad.

Esta distinción tiene importancia para: 1º) la exigencia o no de **relación de causalidad** entre conducta y resultado; 2º) la determinación del **tiempo y lugar del delito** (sólo problemática en los delitos de resultado). La relación de causalidad

5. Cfr. Mir Puig, Objeto del delito, pp. 765 s.

6. Cfr. E. Wolf, Typen cit. passim.

7. Aunque también la conducta puede verse como «resultado» de la voluntad —y *supra* Lec. 6, IV 3, nos referimos en este sentido a la conducta que resulta efectivamente lesiva—, no es éste el sentido en que dicho término se emplea cuando se contraponen a la conducta en los «delitos de resultado». Así la doc. don. en España; cfr. Rodríguez Ramos, CPC 1977, pp. 50 ss.; Antón Oneca, PG, p. 162; Rodríguez Mourillo, PG, p. 271; Cobo/Vives, PG, pp. 349-351.

8. En distinto sentido Larrenzo, Resultado, pp. 182 s.

exige un amplio tratamiento en una Lección posterior (vid. Lec. 10). A la determinación del tiempo y lugar del delito dedicaremos aquí cierta atención.

Excursos: Tiempo y lugar del delito en los delitos de resultado

20 La aplicación de la ley exige, a veces, saber *cuándo* y *dónde* se ha realizado el tipo. Así, por ej., el **tiempo** es importante para decidir cuándo una ley es anterior o posterior al delito —recuérdese que, salvo en las leyes más favorables para el reo, rige en Derecho penal el principio de irretroactividad de la ley a hechos anteriores a su entrada en vigor—, a qué momento debe referirse la *imputabilidad* del autor, o a partir de cuándo debe empezar el cómputo de los plazos de *prescripción* del delito. El **lugar** importa sobre todo a efectos de *competencia* procesal, sobre todo cuando se trata de determinar si el delito se cometió en España o en el extranjero. La cuestión no será problemática en los delitos en que el resultado sigue inmediatamente a la conducta, pero sí en aquéllos en que entre la manifestación de voluntad y el resultado medie una separación temporal o espacial de cierta importancia.

21 Tres perspectivas se han propuesto para resolver estos problemas: A) la **teoría de la actividad**; B) la **teoría del resultado** y C) la **teoría de la ubicuidad**, según que el punto de referencia elegido sea la conducta, el resultado o ambos al mismo tiempo. A esto se añade que la **teoría de la valoración jurídica**, defendida por Mezger y que encuentra acogida en España, cree que será preciso aplicar un criterio u otro según los fines perseguidos por las distintas instituciones en que el problema se plantea.⁹ Una versión intermedia, que ha triunfado en el nuevo Código alemán, consiste en distinguir las soluciones aplicables para determinar el lugar y el tiempo, respectivamente, pero solucionando *unitariamente cada uno de estos dos problemas*.

22 La anterior Ley Orgánica del Poder Judicial... hoy sustituida —acogía la teoría del *resultado* para la determinación del **lugar** a efectos de aplicación de la ley en el espacio (art. 335),¹⁰ y la Jurisprudencia ha seguido la misma teoría para la determinación de la competencia procesal (art. 14 Ley Lujuriamiento Criminal).¹¹

9. Cfr. Mezger, *Tratado*, I, pp. 265 ss.; Rodríguez Monreal, *Lugar del delito*, en NEJ, XV, p. 724; Casabó Ruiz, *Comentarios*, II, pp. 36 ss.; Rodríguez Dávila, *PG*, pp. 383 ss.; Sáinz Cantero, *Lecciones*, pp. 418 ss.; Cerezo, *PG*, II, 6ª ed., pp. 76 ss.

10. Anton Oñeca, *PG*, pp. 174 s. Decía este precepto: «El conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros, corresponderá a los Tribunales y jueces españoles en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delitos, y sólo respecto a éstos».

11. Así Afán de los Herederos, *Adiciones*, p. 247 y Muñoz Conde/Cabrera Arán, *PG*, 4ª ed., p. 171. No obstante, un sector opinaba que el art. 335 de la anterior LOPJ no decidía la cuestión de dónde se cometió el delito, sino sólo que los Tribunales españoles son competentes respecto de los delitos que se cometían cometidos en España —para lo que el mencionado artículo no ofrecía ningún criterio—; así Rodríguez

Pero ni la actual LOPJ de 1 julio 1985, ni ningún otro precepto determinan que deba ser este criterio del resultado el decisivo. La **teoría de la ubicuidad** es la que debe reputarse preferible porfórico-criminológicamente para fijar el lugar del delito, puesto que evita *lagunas* que conduzcan a impunidad absurda.¹²

Respecto al **tiempo** del hecho, una corriente doctrinal¹³ pide que se aplique para todos los casos la **teoría de la actividad**, lo que coincide con el criterio del § 8 del Código Penal alemán. Esta ha sido la solución adoptada expresamente por el art. 7 CP a los efectos de aplicación temporal de la ley penal.

24 Un sector de la doctrina española se inclina por preferir la teoría del resultado en orden a determinar el momento a partir del cual empieza a correr el plazo de *prescripción* del delito¹⁴. Sin embargo, la teoría de la actividad tiene también una ventaja a tener en cuenta en tema de *prescripción*: permite resolver satisfactoriamente los casos en que el resultado consiste en un *acontecimiento* de la vida o de la salud que se manifiesta tan tardíamente que sobrepasa incluso los plazos de *prescripción*.

25 b) Tanto los delitos de nueva actividad como los de resultado pueden dividirse en **delitos instantáneos**, **permanentes** y **de estado**, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de **delito instantáneo** sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera (la muerte, como estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre).¹⁵ Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El **delito permanente** supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor* (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 CP); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación

Monreal, *ibidem*, y Casabó, *op. cit.*, p. 36. Según Gómez Ortubaja, *Comentarios a la LECr*, I (1947), pp. 382 ss., la jurisdicción española acogía la teoría del resultado para fijar la competencia de los Tribunales españoles, pero acudía a la teoría de la ubicuidad cuando se trataba de determinar si el hecho se ha cometido en España o en el extranjero. Sin embargo, el anterior art. 335 LOPJ dejaba claro que si la acción tenía lugar en España y el resultado consumativo se producía en el extranjero, los Tribunales españoles no podían juzgar este delito consumado, lo cual se oponía a la teoría de la ubicuidad.

12. Así el § 9 StGB 1975 y el art. 14 Proyecto CP 1980. Sin embargo, el art. 11 Anteproyecto 1983 se inclina por la teoría del resultado. En favor de la teoría de la ubicuidad, siguiendo a Mezger (I, pp. 266 ss.), Rodríguez Dávila, *PG*, p. 384; Cerezo, *PG*, II, 6ª ed., p. 79; Rodríguez Monreal, *Lugar*, pp. 725 s. También en favor de la teoría de la ubicuidad STC 17 dic. 86.

13. Cfr. Anton Oñeca, *PG*, p. 176. También así Cuello Calón, *PG*, I, pp. 338-360; Jiménez de Asúa, *Tratado*, III, pp. 497 s.

14. Cfr. Rodríguez Monreal, *Lugar*, p. 725; Casabó, *Comentarios*, II, pp. 37 s.; Sáinz Cantero, *Lecciones*, p. 407. También admiten que la *prescripción* empieza a computarse a partir de la producción del resultado, si éste tiene lugar, Rodríguez Dávila, *PG*, p. 385; y Cerezo, *PG*, II, 6ª ed., p. 78; Luzón, *Curso*, pp. 193 s. 15. En contra Roxin, *AT*, § 10/106.

antijurídica. En cambio, en el **delito de estado**, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (*Ejemplos*: falsificación de documentos, arts. 390 y ss., matrimonios ilegales, arts. 217 y ss.).¹⁶

26 Esta distinción importa siempre que la ley asigna efectos al momento de consumación del delito (prescripción, deslinde de culpabilidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito). En particular, por lo que se refiere a la **prescripción**, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado (art. 152 CP).

27 *Ejemplo*: En la bigamia, delito de estado, el plazo de la prescripción se computará a partir de la celebración del matrimonio ulterior, sin que deba esperarse a que cese el estado antijurídico por él creado y representado por la subsistencia del matrimonio bigámico.

b) *Delitos de acción y de omisión*

28 Se llaman **delitos de acción** aquellos en que la ley *prohíbe* la realización de una conducta que se estima *nociva*. Son de **omisión** aquellos en que se *ordena* actuar en determinado sentido que se reputa *beneficioso* y se castiga el no hacerlo. Pero en ambos casos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la que se realiza en lugar de la ordenada. Como se ve, la diferencia entre delitos de acción y de omisión no reside, pues, en el plano del comportamiento —siempre positivo—, sino en el normativo de la clase y contenido de la norma jurídica infringida: si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión (cfr.: *supra*, Lección 7, III 5 B y Lección 12, I y II).

29 Los delitos de omisión de mera actividad reciben el nombre de delitos de **omisión pura o propia**. En ellos se describe sólo un no hacer, con independencia de si del mismo se sigue o no un resultado. Ejemplo: la omisión de socorro del art. 195 CP, que se comete al no prestar ayuda. Los delitos de omisión en que se ordena evitar un determinado resultado son delitos de **omisión impropia**

16. Escríbe Matambrú: «Mientras que el autor del delito de estado se desprende de su hecho con la consumación, el delito permanente... omite poner término a la situación creada...» (cfr. Tratado, II, p. 427). Según el TS la bigamia es un delito de estado, porque se consuma de forma instantánea aunque cree un estado antijurídico: así las STSS 20 en. 86 y 7 mar. 95, que citan en el mismo sentido las de 18 febr. 60, 11 jun. 76, 2 mayo 77 y 22 dic. 78.

o, mejor, de **comisión por omisión**. No basta entonces el no hacer, si no ha hecho posible la producción del resultado típico: son delitos de resultado. El Código penal prevé expresamente algunos supuestos (ej.: art. 382, 2º CP), pero los más importantes (llamados «supratergales») caben, según interpretación de la doctrina, en los tipos que prevén sólo la producción de un resultado, sin limitar las modalidades de la acción —esto último es discutido—.

Ejemplo: el homicidio del art. 158 requiere solamente «amatar» a otro, lo que puede tener lugar también por omisión: así, la madre que deja sin alimentar a su hijo recién nacido.

c) *Delitos de medios determinados y resultativos*

Mientras que en los **delitos de medios determinados** la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad (ej.: el robo con fuerza en las cosas supone el empleo de una de las formas de fuerza previstas en el art. 258 CP), en los **delitos resultativos** basta cualquier conducta que cause el resultado típico (ej.: art. 158: «el que matare a otro»), sin limitación de modalidades de acción.

Como se ha visto, esta distinción posee trascendencia para la omisión, pues 32 es mucho más fácil admitir la posibilidad de la comisión por omisión supratergal en los tipos resultativos que en los de medios determinados (activos).

d) *Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos*

Según que el tipo describa una sola acción (a), varias a realizar (b), o varias alternativas (c), concurrirá un delito de un acto (a), de pluralidad de actos (b) o alternativo (c), respectivamente.¹⁷

Ejemplos de **delitos de un acto**: el hurto (art. 254 CP), la bigamia (art. 217 CP). 34
Ejemplos de **delitos de pluralidad de actos**: el robo (requiere apoderamiento y violencia o intimidación en las personas, o fuerza en las cosas: arts. 237 y ss.), la agresión sexual (requiere atentar contra la libertad sexual de otra persona mediante fuerza o intimidación: art. 178), etc. Ejemplo de **delito alternativo**: el allanamiento de morada (art. 202), cuyo tipo prevé dos modalidades posibles, la entrada en morada ajena o el mantenerse en ella contra voluntad del morador. Cualquiera de ambas basta.

17. Cfr.: Jescheck, Tratado, p. 360.

35 Constituye una modalidad de delito de pluralidad de actos el **delito de hábito**. Se caracteriza por la necesidad de repetición de actos en una conexión objetiva tal que pueda hablarse de hábito. Hasta entonces el delito no se consume.

36 *Ejemplo:* la receptación habitual del art. 299 («el que... habitualmente se aprovechara o auxiliare a los culpables»);¹⁸

B) *Por la relación de la parte subjetiva con la objetiva*

37 a) Si la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva, concurre un **tipo congruente**. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo.

38 b) Cuando la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva nos hallamos en presencia de un **tipo incongruente**. Ello puede suceder en dos sentidos opuestos: por exceso subjetivo y por exceso objetivo.¹⁹

39 a) Por **exceso subjetivo**, los tipos pueden ser portadores de **elementos subjetivos** (distintos al dolo) o constituir una forma de **imperfecta ejecución**.

40 Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser **mutuados de dos actos, de resultado cortado o de tendencia interna intensificada**. Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra *actividad* posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un *resultado* independiente de él (delito de resultado cortado). Ambos coinciden, en cambio, en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente.

41 *Ejemplos:* la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución (art. 138. II CP) constituye un delito de dos actos; la celebración de matrimonio inválido para perjudicar al otro conyugue (art. 218 CP) es un delito de resultado cortado, porque la consecución del fin de perjuicio que debe perseguirse no exige necesariamente una segunda actividad del autor.

42 Los **delitos de tendencia interna intensificada** no suponen que el autor busque algo más que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un **sentido subjetivo específico**.

18. Cfr. Maurach, Tratado, I, pp. 273 s. Sobre el concepto de habitualidad, en este artículo y en otros del CP y la LPRR, vld. Mir Puig, RJCat 1974, pp. 558 ss.; 564 s.; 567, 580 s.; 583 ss.
19. Cfr. Jeschke, Tratado, p. 361.

Ejemplo: Los delitos de abusos sexuales (arts. 181 y ss. CP) requieren *dolus libricus* en el autor. Así, el ginecólogo no comete el delito cuando toca la vagina de una paciente si lo hace con finalidad médica, pero sí lo cometerá si busca satisfacción sexual al hacerlo.

Los **tipos de imperfecta realización (actos preparatorios punibles y tentativa)** 44 se caracterizan porque el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue, logrando sólo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga, o bien llegando a efectuar todos o parte de los actos de ejecución sin que el delito se produzca (tentativa), siempre que la falta de consumación no se deba a desistimiento voluntario del autor ni se trate de «fallos» contra las personas o el patrimonio (art. 15 CP). Son tipos incongruentes por exceso subjetivo porque el autor quería llegar más lejos (a la consumación) de lo que ha conseguido objetivamente.²⁰

b) Suponen un **exceso objetivo** los tipos **imprudentes** (o **culposos**). En ellos se produce un resultado no querido por el autor por falta de cuidado. En los delitos **calificados por el resultado** se prevé una combinación de un hecho básico doloso y un resultado del mismo no querido que agrava la pena.

2. Según los sujetos

A) La ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo «el que...» ejecute la acción típica. Todos los delitos en que esto suceda serán **delitos comunes**, a diferencia de los **delitos especiales**, de los que sólo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (así, la de ser funcionario).²¹

Los delitos especiales se dividen en propios e improprios. Son **delitos especiales propios** los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.²²

Ejemplo: el delito de prevaricación del art. 446 CP, pues la sentencia injusta dictada (así, en autoría mediata) por quien carece de la condición de juez es imputable en cuanto tal.

20. Cfr. así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 110.

21. Cfr. Giménez Olivares, Delitos especiales, pp. 11 ss. Sobre el tema vld. Langer, Sonderverbrechen, passim. Ver STS 10 en 97.

22. Cfr. Quintano Olivares, Delitos especiales, pp. 51 s.; Giménez, Autor y cómplice, pp. 229 ss.; 232 ss. Ver STS 10 en 97.

- 49 Los **delitos especiales improprios** guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción.
- 50 *Ejemplo:* el delito de malversación de caudales públicos por parte de autoridad o funcionario público (art. 432 CP), pues el que realice la sustracción sin ser autoridad o funcionario competente cometerá el delito (común) de hurto (art. 254).
- 51 Los delitos especiales presentan importantes **problemas de codinuencia**, que han de examinarse en las Lecciones 14 y 15, dedicadas a la autoría y participación,²⁵ pues su comprensión presupone el conocimiento de esa otra materia.
- 52 B) También implican una restricción de la esfera de sujetos idóneos los **delitos de propia mano**, que exigen *contacto corporal* (como se suele afirmar de los delitos sexuales) o realización *personal* (como se dice en Alemania de la bigamia).²⁴ En ambos casos se cierra el paso a la posibilidad de comisión del delito utilizando a otro como instrumento (autoría mediata) (cfr. infra, Lec. 14, II).
- 53 C) Según la forma de intervención del sujeto, concurrirá un tipo de autoría o de participación. El **tipo de autoría** requiere la realización de un delito (consumado o no) de la Parte Especial, directamente o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento (*autoría mediata*), por sí solo o junto con otros (*coautoría*). Los **tipos de participación** suponen la *inducción* de o la *cooperación* con el autor de un delito (consumado o no) de la Parte Especial (arts. 28 y 29 CP). Una mayor precisión de estos conceptos ha de reservarse a las lecciones destinadas a la codinuencia.
- 54 D) En atención a la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo, se habla de **delito de encuentro**, caracterizado por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo.
- 55 *Ejemplo:* el incesto del art. 182 II, 1.º CP u otros abusos sexuales. En ellos es preciso que la víctima no se oponga al acceso carnal, puesto que de otro modo concurriría una agresión sexual más grave.
- 56 Se produce en estos casos lo que se llama «**participación necesaria**», que plantea la cuestión del tratamiento jurídico-penal que corresponde al sujeto pasivo. Según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana:

23. Cfr. Quintero, *Delitos especiales*, pp. 47 ss.

24. Cfr. Herzberg, *ZStW* 82 (1970), pp. 913 ss. Críticamente Maqueda, *Delitos de propia mano*, pp. 110 ss., y *STS* 2 nov. 94.

- a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune.
- b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse.
- La doctrina se aparta de este planteamiento: si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*.²⁵ Comparto esta formulación.
3. *Según la relación con el bien jurídico*
- Si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un **delito de lesión**, mientras que si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un **delito de peligro**.
- Los delitos de peligro se dividen en **delitos de peligro concreto** y **delitos de peligro abstracto**. Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado de peligro*), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.²⁶
- Ejemplos:* el art. 379 CP, que castiga al que «condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas» es un delito de **peligro abstracto**, porque no es preciso que la conducta haya puesto en concreto peligro algún bien jurídico, bastando la peligrosidad que se supone conlleva la acción; en cambio, el art. 581, que se refiere al «que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas», es, como se ve, un delito de **peligro concreto**. La expresión «peligro concreto» se entiende, en efecto, como peligro para algún bien jurídico concreto, como lo es la vida o integridad física de una persona concreta que está a punto de ser atropellada. Por ello, es inadmisibles que la L.O. 15/2003 haya confundido este peligro concreto con el peligro abstracto al añadir un párrafo segundo al art. 581 que dice: «En todo caso se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto a los límites establecidos». Por mucha peligrosidad *ex ante* que tenga la conducción en estas

25. Cfr. Jeschek, *Tratado*, pp. 969 ss.

26. En la doc. española cfr. Barbero Santos, *ADFCP* 1975, p. 489. Cfr. también las obras de Berstain, Brelman, Fisacová, Finger, Galias, Horn, Laekner, Méndez, Nowon, Schröder, Schünemann y Volz, cit. en la bibliografía.

circunstancias, si no ha habido ninguna persona que haya estado próxima a la lesión o muerte, no existe un delito de peligro concreto, sino de un peligro abstracto más elevado. La agravación introducida debería haberse previsto en el art. 579, como alcoholemia cualificada, y desde luego, sin reputarlo un caso de «peligro concreto».

65 Pero, según la diferenciación expresada, los delitos de peligro abstracto no requerirán ningún peligro efectivo, por lo que sería incluso dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro.²⁷ Debería hablarse, a lo sumo, de delitos de «peligro presunto».²⁸ Sin embargo, hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de *antemano* todo peligro.²⁹ En favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro.³⁰

64 De ahí que, mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*.³¹ peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de *antemano*. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro.³²

27. Así Rodríguez Devesa, PG, p. 410.

28. Terminología esta de origen italiano que acoger Rodríguez Mourullo, PG, p. 277, nota 22. Pero la terminología despierta justificados recelos de presunciones contra roo en Barbero Santos, op. cit., p. 492. Para la doc. alemana cfr. Jeschke, *Tratado*, p. 359. En España, cfr. Facián, *Puesta en peligro*, p. 75; Barbero Santos, op. cit., pp. 492, 493.

29. No obstante, la doc. don. y la jurisp. españolas consideran que en los delitos de peligro abstracto la ley presume iuris et de iure la peligrosidad de la acción; cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 410; Rodríguez Mourullo, PG, pp. 379 s.; Rodríguez Ramos, CPC 1977, pp. 55 s.; Córdoba, *RatDP* 1969, p. 359. Una vía intermedia sigue Torro, *ADJCP* 1981, pp. 837 ss., que distingue, dentro de los delitos de peligro abstracto, dos clases: los delitos de *deberencia*, que no exigirán peligro y los delitos de peligro hipotética, en que es necesario un *perigo* o posibles.

31. Cfr. Rodríguez Ramos, CPC 1977, pp. 55 ss. Pero algunos delitos de peligro abstracto requieren la producción de un resultado (como el delito de incendio del art. 351 CP) no consistente en el de proximidad de la lesión para un bien jurídico concreto.

32. El peligro es siempre una característica de la conducta *ex ante*, no del resultado; cfr. Mir Puig, *Adiciones*, p. 371.

65 Lo que no podría admitirse es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo siempre que se pruebe que *a posteriori* no resultó peligro concreto. Admitir esto bo- rnaría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto al exigir sólo para los primeros el resultado de proximidad de una lesión. Pero, sobre todo, contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (*peligro estadístico*). Así, el conducir embriagado en principio ha de prohibirse siempre sin necesidad de que resulte inminente una lesión, pues de lo contrario muchos conducirían en este estado confiando en que en su caso no iba a producirse tal resultado.

III. Elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación del tipo

66 En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos *descriptivos* o a elementos *normativos*:

67 1. Son **elementos descriptivos** los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Ejemplo de tipo formulado exclusivamente con ayuda de elementos descriptivos es el homicidio (art. 138 CP: «matar» y «otro» son elementos descriptivos). Debe notarse, sin embargo, que a menudo los elementos descriptivos *deben precisarse* con arreglo a criterios valorativos. Así, en el ejemplo propuesto, la precisión del momento de la muerte (¿al cesar la actividad del corazón o la del cerebro?) implica inevitablemente una elección hasta cierto punto valorativa. Lo mismo ocurre en relación al concepto de «otro», cuya distinción respecto del feto no parece posible, en los casos límite, con arreglo a exclusivos criterios biológicos.³³

68 2. Son **elementos normativos** los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.³⁴ Según esta definición, cabe distinguir entre elementos normativos **jurídicos** y elementos normativos **sociales**. Ambos pueden a su vez, subdividirse en elementos referidos a una **valoración** (o valorativos) y elementos referidos a un **sentido**.

Ejemplos:

A) El término «delitos» del art. 22, 8º, 1º CP remite a la definición de delito de los arts. 10 y 13 CP, por lo que constituye un elemento normativo *jurídico*, e implica el desvalor

33. Cf. Roxin, *AT*, §§ 10/11 y 10/59.

34. Cf. Engisch, *Mezger-Festschrift*, p. 147.

del hecho, por lo que posee carácter *valorativo*; un elemento normativo *jurídico* referido a *sentido* es, en cambio, el término «ejecutoriamente» del mismo art. 22, 8º, II CP.

70 b) El art. 185 CP se refiere a actos de «exhibición obscena». Éste es un ejemplo de elemento normativo que remite a una *valoración social*. El concepto de «secretos» empleado en los arts. 197 y ss. CP ofrece un ejemplo de elemento normativo referido al *sentido social* de un concepto.

71 Ciertamente, toda palabra —también las que expresan elementos descriptivos— tiene un sentido fijado «normativamente», en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos no quiere desconocerse esta evidencia; sino referirse a aquellos términos que, aun definidos por las normas del lenguaje, expresan realidades sensibles.

LECCIÓN 10

EL TIPO DOLOSO DE ACCIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- Antón*, Il rapporto di causalità nel diritto penale, 1974, reimp. 1980, *Atreyo*, La protección penal de la seguridad en el trabajo, 1981; *Behrendt*, Zur Synchronisation von strafrechtlicher Handlungs-, Unrechts- und Zurechnungsgleiche, GA 1993, pp. 67 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Bakur Bandari*, Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros, ADPCP 1994, pp. 375 ss.; *Bauer*, La víctima del delito. (La autoprotección en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), 1999, v. *Barr*, Über Causalfähigkeit und deren Verantwortung, 1875; *Barguilier*, Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten, 1985, pp. 375 ss.; *Bastos*, Control social y sistema penal, 1987, pp. 205 ss.; *el mismo*, Imputación objetiva, en A.A.V.V., Estudios penales y criminológicos, XI, 1989, pp. 105 ss.; *Caceres*, Los orígenes de la teoría de la aducción social, Univ. Externado de Colombia, 1994; *el mismo*, La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima), RDPCr (2) 1998, pp. 49 ss.; *el mismo*, Lineas básicas de la teoría de la imputación objetiva, 2001; *el mismo*, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1998 (1º y 2º ed. de 2001); *Caceres/Ferrante/Santiveri*, Teoría de la imputación objetiva, 1998; *Castillo*, La conexión del «riesgo jurídicamente relevante», en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homaje a Roxin, 1997, pp. 225 ss.; *Corcoran*, El delito imprudente, 1989; *la misma*, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, VHPCP 1996, pp. 289 ss.; *De la Cuesta-Aranda*, Tipicidad e imputación objetiva, 1996; *la misma*, Causalidad en los delitos contra el medio ambiente, 2ª ed. 1999; *Díaz Palao*, La causalidad material en el delito, 1974; *Díaz Palao*, Algunos aspectos sobre el dolo eventual, (Comentario a la STS 25 octubre 1991), AP 1995-2, pp. 809 ss.; *la misma*, ¿Qué queda de la causalidad?, RDPCr (4) 1999, pp. 505 ss.; *Díaz*, Das Körperverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1966; *Eber/Kießl*, Kausalfähigkeit und objektive Zurechnung, JurA 1979, pp. 561 ss.; *Ergasch*, Die Kausalfähigkeit als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1971; *Frayja*, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, CJC (65) 1998, pp. 269 ss.; *el mismo*, Aumentación de la víctima e imputación objetiva. Comentario de la STS de 17 de septiembre de 1999, RDPCr (5) 2000, pp. 265 ss.; *Früh*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1989; *el mismo*, Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, 1, pp. 62 ss.; *el mismo*, Tipo penal e imputación objetiva, 1995; *el mismo*, La imputación objetiva: estado de la cuestión, (Rohles Planas trad.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, 21 ss.; *el mismo*, Falsificadores, Borchiges und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolges, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 214 ss.; *Früh/Pruppe/Kindhäuser/Grimmold/Pretfiger*, El error en el Derecho Penal, Buenos Aires, 1999; *Gil Gil*, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención, RDPCr (6) 2000, pp. 103 ss.; *Gimbernat*, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad, 1986; *el mismo*, Die räumliche und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik (tesis), Hamburg, 1982; *el mismo*, La causalidad en Derecho penal, ADPCP 1962, pp. 545 ss.; *el mismo*,

¿Qué es la imputación objetiva?, en Fernández-Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, X, pp. 167 ss.; *et misero*, Causalidad, omisión e imputación, ADPCP, t. 47 (1994); *Günther/Schünemann/Walter (eds.)*, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, pp. 65 ss.; *Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858, reimpr. 1978; *Günz*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; *Gómez Benítez*, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, 1988; *Gómez Küster*, La imputación de los resultados producidos a largo plazo, 1998; *Hartig*, Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, I, 1930, 179 ss.; *Harding*, Verursachung und Erfolgswertung, LZ 1968, pp. 289 ss.; *Hart/Honore*, Causation in the law, 1959, 2^a ed., 1985; *R. v. Haynes*, Gedächtnisrede und Prognoseentscheidung in der Strafrechtspraxis, 1972; *Hornwald*, Imputación objetiva y principio de lesividad, LH Torro López, 2000, pp. 411 ss.; *Huerta Ferrer*, La relación de causalidad en la teoría del delito, 1948; *Huerta Tejada*, La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial, en La Ley, 11 jul. 83, pp. 1 ss.; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, en Festschrift für H. Wezel, 1974, pp. 307 ss. (= *et misero*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 147 ss.); *et misero*, Täterstellung und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 271 ss. (= *et misero*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 223 ss.); *et misero*, Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, trad. de Suárez/García, ADPCP 1989, pp. 1051 ss. (= *et misero*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 271 ss.); *et misero*, Representación del autor e imputación objetiva, trad. de Suárez, ADPCP, pp. 493 ss.; *et misero*, La imputación objetiva en Derecho penal, trad. de Camero, Bogotá, 1994 (= *et misero*, 1990); *et misero*, Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales atípico permitidos, prohibición de regreso, principio de confianza, en *et misero*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 209 ss.; *et misero*, La prohibición de regreso..., en *et misero*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 241 ss.; *et misero*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tat und Unterlassen, 1990; *et misero*, Observaciones sobre la imputación objetiva, (Festschrift/Gómez trad.) RJP (56) 1999, pp. 119 ss.; *Jandrea Villargo*, Fomas particulares del error de tipo, CDI, Elementos subjetivos de los tipos penales, 1994, pp. 55 ss.; *Katze*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conductio-sine-qua-non-theorie im Strafrecht, 1988; *Armin Kaufmann*, Tadestandunschlüssigkeit und Verursachung im Concurrenz-Verfahren, JZ 1971, pp. 509 ss.; *et misero*, *Lehrbuch des Strafrechts* von Str. Recht, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 200 ss.; *Köhler*, La imputación subjetiva: estado de la cuestión, (Sánchez-Ostiz trad.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 71 ss.; *v. Kries*, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; *Kröppelmann*, Über die zeitliche Struktur einer Zurechnungsurteile, en Festschrift F. Trüffler, 1996, pp. 157 ss.; *Lange*, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 189 ss.; *Lange*, Adäquanztheorie..., JZ 1976, pp. 198 ss.; *Lange*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (tesis), Göttingen 1977; *Larrent*, Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva, ADPCP 1988, pp. 715 ss.; *Laurent*, Dolo y conocimiento, 1909; *in misero*, Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional distinción tripartita del dolo, LH Torro López, 1990, pp. 425 ss.; *Lang*, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch willkürliches Dazwischentreten eines Dritten, 1996; *Larzin Peña*, Causalidad e imputación objetiva..., Comentario a la STS 20 mayo 81, en Actualidad Jurídica, 1981 (VI), p. 82; *et misero*, Derecho penal de la Creación, 1985, 2^a ed., 1990; *et misero*, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, CDI 1999, pp. 117 ss.; *Mauriti*, Kausalität und Strafrecht, 1980; *et misero*, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, en Festschrift für Miyazawa, 1993, pp. 465 ss.; *Maurinda*, La relación dolo de peligro — dolo eventual de lesión, A propósito de la STS de abril de 1992 sobre el hecho de colgar, ADPCP 1993, pp. 419 ss.; *Martínez Escartilla*, La imputación objetiva del resultado, 1992; *Mazod*, Acciones delictivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor, (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2000), AP 2001-1, pp. 47 ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2^a ed., 1982; *et misero*, La perspectiva ex ante en Derecho penal, ADPCP 1985, pp. 5 ss.; *et misero*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988; *et misero*, *Über das Objektive und das Subjektive im Unrecht*, en Festschrift für Armin Kaufmann, 1989; *et misero*, Conocimiento y voluntariedad en el dolo, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDI 1994, pp. 11 ss.; *et misero*, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en A.A.V.V., *Moderas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología*, 2001, pp. 389 ss.; *Modelski González*, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, Caracas, 2001; *Naucke*, *Über das Regreßverbot im Strafrecht*, ZStW 76 (1964),

BIBLIOGRAFÍA

- pp. 409 ss.; *Otto*, Kausalitätsgenese und Erfolgswertung im Strafrecht, en Festschrift für R. Maurach, 1972, pp. 91 ss.; *et misero*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsprinzip als Zurechnungskriterium..., MfW, 1980, pp. 417 ss.; *et misero*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, Jura 1984, pp. 536 ss.; *Parades*, «Riesgos normales» y «riesgos excepcionales», en A.A.V.V., *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. I. R. Casabó*, 1997, pp. 561 ss.; *Pérez del Valle*, La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?, ADPCP 1990, pp. 823 ss.; *Pojana*, Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de matricidio, ADPCP 1990, pp. 823 ss.; *Pruitt*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), pp. 865 ss.; *et misero*, Zurechnung und Wahrheitsähnlichkeit, ZStW 95 (1983), pp. 287 ss.; *et misero*, Causalidad, ADPCP 1992, pp. 681 ss.; *et misero*, Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik, GA, 1994, pp. 297 ss.; *et misero*, Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad por el producto, en *Mir Puig* (eds.), Responsabilidad de las empresas..., 1996, pp. 215 ss.; *et misero*, La imputación objetiva, Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los ámbitos tribunales (García Casero trad.), 2001; *Orenzi*, El dolo y el conocimiento de la antijuricidad, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDI 1994, pp. 59 ss.; *Rodríguez*, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo, (Comentario a la STS de 24 noviembre de 1993), ADPCP 1996, pp. 795 ss.; *et misero*, El dolo y su prueba en el proceso penal, 1999; *Keys Alteraral*, Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, y reflexiones acerca del problema causal y la autoría en supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, RDPC (n.º extra) 2000, pp. 171 ss.; *Romero*, CPC 19 (1985), pp. 157 ss.; *Rovir*, Problemas básicos del Derecho penal, trad. de Irujo Peña, 1976, pp. 138 ss.; *et misero*, Finalität und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 237 ss.; *et misero*, Bemerkungen zum Regreßverbot, en Festschrift für Trüffler, 1996, pp. 177 ss.; *et misero*, Observaciones a la prohibición de regreso, en *et misero*, Lognética penal y Política criminal, Lima, 1998, pp. 45 ss.; *Rudolph*, Causalidad e imputación objetiva, 1988; *Ricotta*, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, 2001; *et misero*, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP (9) 2002, pp. 122 ss.; *Sánchez*, Hipótesis de Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Schmidhäuser*, «Objektives» und «subjektives» Tadestand ohne verteilte Unterscheidung, Festgabe für Schultz, 1977, pp. 61 ss.; *Schmidhäuser*, Frenos preventivos en la causalidad, en Festschrift für Lacker, 1987, pp. 39 ss.; *Schünemann*, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, 1986; *Schünemann*, Consideraciones sobre la imputación objetiva, en Rev. Penales de la Doctrina y Jurisprudencia penal, n.º 1 (2000), pp. 409 ss.; *Spenkel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungserfolge (tesis), Heidelberg, 1948; *Stree*, Beteiligung an vorstrafblicher Selbstgefährdung, JUS 1985, pp. 179 ss.; *Struve*, Verursachungsvorausatz und Wahrscheinlichkeit, ZStW 102 (1990), pp. 21 ss.; *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der radikalen Kausalitätstheorie..., 1927; *Torti*, Acción peligrosa y dolo, Perspectivas jurisprudenciales y legislativas, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDI 1994, pp. 157 ss.; *et misero*, Cursos causales no verificables en Derecho penal, en ADPCP 1985, pp. 221 ss.; *et misero*, Jura de protección y ámbito de prohibición de la norma, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, pp. 583 ss.; *et misero*, Relación causal, Inducciones para una actualización, en A.A.V.V., *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. I. R. Casabó*, 1997, pp. 911 ss.; *et misero*, Relación de causalidad, Inducciones para una actualización, RIDP (1) 2000, pp. 13 ss.; *Volk*, Kausalität im Strafrecht, NSZ 1996, pp. 105 ss.; *Welter*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStR 93 (1977), pp. 113 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefährd. und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, 1981; *et misero*, Adäquanz und Relevanztheorie, GA 1977, pp. 257 ss.; *Zareg*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993.

(Ver además la bibliografía de la Lección 11.)

8 En los delitos de acción la relación de causalidad es, pues, necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva del resultado. En los delitos de comisión por omisión —(cfr. Lección 12)— la imputación objetiva no requiere una propia relación de causalidad, sino sólo que el sujeto no hubiese impedido el resultado cuando debió hacerlo en virtud de su posición de garante. La relación de causalidad ni es suficiente (en los delitos de acción) ni es siempre necesaria (en los delitos de omisión): lo único común a todo tipo de resultado es la necesidad de su imputación objetiva, de la cual la causalidad no es más que un momento parcial y contingente.⁴

9 Este planteamiento actual del problema contrasta con la concepción tradicional de la causalidad como elemento necesario y suficiente de todo delito de resultado. Así concebida, la causalidad se contemplaba como un elemento de la acción, previo al tipo.⁵ Todo ello era manifestación de un enfoque naturalístico de la teoría del delito, que conducía en este punto a considerar el problema de la relación entre conducta y resultado como de naturaleza psiquiátrica y no valorativa. La moderna teoría de la imputación objetiva, que se ha ido imponiendo en la doctrina, reconoce, en cambio, correctamente, que sólo el tipo penal y la finalidad de la norma correspondiente pueden decidir qué clase de vinculación entre resultado y conducta debe requerirse para que sea relevante para el Derecho penal: esta cuestión jurídico-penal sólo puede resolverse desde el prisma normativo del Derecho penal, y no con la sola ayuda de una categoría ontológica y presuntiva como la de relación causal.⁶ Como se ha visto, la STS 20 mayo 81 recoge acertadamente este planteamiento.

2. La causalidad del resultado típico: la relación de causalidad

10 Divorsas respuestas se han dado a la pregunta de cuándo una conducta es causa del resultado típico o, lo que es lo mismo, de cuándo existe **relación de causalidad** entre una conducta y un resultado:

11 A) La teoría de la **condición** o de la «*equivalencia de las condiciones*», ideada por el procesalista Julius Glaser⁷ y adoptada por el magistrado del Tribunal Supremo alemán del Reich von Buri,⁸ sostiene que es causa de un resultado *toda* condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia. Puesto que, según esto, toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, se habla de «*equivalencia de las condiciones*». La cuestión de cuándo una conducta ha sido condición del resultado se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la **fórmula de la «condicio sine qua non»**. Según ella, puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiendo mentalmente aquella

4. Cfr. Jeschek, Tratado, I, p. 579.

5. Vid. la doctrina tradicional española cit. en nota 2.

6. Cfr. Hönig, loc. cit., en nota 1; Jeschek, Tratado, I, p. 579, quien, sin embargo, señala que «en todos los casos corrientes que ofrece la práctica de cada día es necesario y suficiente para la imputación objetiva del resultado típico que el mismo haya sido causado por el autor».

7. J. Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Vienna, 1858. (Reimpresión de Scientia Verlag Aalen, 1978.)

8. M. von Buri, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873.

conducta —es decir, imaginando la hipótesis de que no se hubiera efectuado—, desaparecería también el resultado (condición *sin la cual* no se habría producido el resultado).

12 El postulado central de la teoría de la condición, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, conduce ciertamente a una *determinación amplísima de la causalidad* que tiende al infinito. Así, la concepción del *casusini* por su madre fue condición de que éste pudiese matar a su víctima y, por tanto, de la muerte de ésta —y lo mismo podría decirse de todos sus antepasados— De ahí que, aunque la teoría de la condición fue la dominante en el Tribunal Supremo del Reich alemán, durante un tiempo se pensó que era necesario un concepto de causalidad más restringido. Hoy acepta la doctrina dominante que *en el plano de la causalidad es correcta* la teoría de la equivalencia y que su limitación debe buscarse exigiendo *además* de la relación causal la imputación objetiva.⁹ Más adelante desarrollaremos este planteamiento. En cambio, debe reconocerse que, si bien es acertado el concepto de una causa de la teoría de la condición, la fórmula hipotética de la *condicio sine qua non*, mediante la cual suele ponerse a prueba el carácter de condición de la conducta, encuentra dificultades en ciertos casos. Veámoslos.

13 a) La fórmula hipotético-negativa de la *condicio sine qua non* no sirve cuando se desconoce la virtualidad que pudo tener la supuesta condición (se desconoce **si fue condición del resultado**). Ejemplo: si se desconoce el efecto de la talidomida en el feto, no se podría saber qué hubiese sucedido de no haberse tomado. En este sentido, se acusa a la fórmula hipotética de *petición de principio* que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición.

14 b) El carácter hipotético de la fórmula puede conducir a negar la causalidad en supuestos en que sin duda concurre. Así:

15 1º) Cuando el resultado *causado* se hubiera producido *igual y en el mismo momento* por otra causa (procesos de **causalidad hipotética**).¹⁰ Ejemplo: A echa veneno en el café que ha de beber B a la mañana siguiente; pero es observado por C, que quería matar a B y hubiese echado el mismo veneno en el mismo café si no hubiese visto hacerlo a A.

16 Para que trascienda la fórmula de la *condicio sine qua non* no basta que, a no ser por la conducta que ha causado el resultado, éste se hubiera producido también pero en un momento algo distinto —aunque sea sólo con diferencia de segundos— o de otro modo, por que siendo así, ya no podría decirse que sin la conducta que dio lugar al resultado éste se habría producido *igual*, en su *concreta configuración*.¹¹ Ahora bien, la concreción del resultado no puede llegar hasta el punto de incluir

9. Cfr., con referencias bibliográficas, Gómez Benítez, Causalidad, pp. 16 s.; Roxin, AT § 11/10.

10. Vid. Sansón, Hypothetische Kausalverläufe, 1972.

11. No se trata de exigir una concreta y total igualdad entre la conducta verificada y la imaginada hipotéticamente como sustitutiva, cosa que ciertamente supondría un círculo vicioso que llevaría a afirmar

la determinación del sujeto activo. Ciertamente, si se incluyera este elemento, nunca podría decirse —ni siquiera en el ejemplo propuesto del veneno— que suprimiendo la conducta ocasionalmente del resultado subsistiría éste, puesto que nunca sería el resultado producido por el mismo sujeto. Ahora bien, por una parte, la determinación del sujeto activo sólo puede condicionar la conducta, pero no necesariamente el resultado en sí mismo, separado de ella... así, en el ejemplo propuesto la sustitución del venenador no hubiese afectado a la forma de la muerte—. Y, por otra parte, si introdujéramos la determinación del sujeto activo, la fórmula de la *conditio sine qua non* daría lugar a una petición de principio evidente: con ella preguntáramos si eliminando la acción del sujeto A desaparecía la muerte producida por él, lo que presupondría saber qué la ha causado, que es precisamente lo que se trata de averiguar.

17 2º) Cuando el resultado fue causado por dos o más condiciones cada una de las cuales *resultó suficiente por sí sola* para producirlo (**causalidad acumulativa**). Se propone como ejemplo académico la muerte de César por 25 puñaladas. En estos casos, aunque se eliminara cada una de las condiciones por separado, subsistirían las demás por sí solas eficaces para producir el resultado. Ahora bien, hay que suponer que la supresión de cada condición no sólo no eliminaría el resultado, sino tampoco el concreto momento y la forma exacta en que tuvo lugar: éste no sería el caso si —como es fácil que ocurra— la supresión de una de las condiciones concurrentes hubiera retrasado algo la muerte o hecho que ésta se produjera en forma algo distinta.

18 Ad 1º) Para permitir seguir utilizando la fórmula de la *conditio sine qua non* en los casos de cursos causales hipotéticos, se ha propuesto entender la fórmula en el sentido siguiente: ¿Se habría producido igual el resultado, atendiendo sólo a los hechos realmente producidos y prescindiendo de los factores que no han llegado a operar, si no se hubiera realizado la conducta examinada? Cabeja así descartar los cursos causales hipotéticos y afirmar en el ejemplo propuesto en 1º) la causalidad. ¿Esta interpretación de la fórmula de la *conditio sine qua non* podría alegar a su favor que se trata de comprobar la eficacia de una conducta en el contexto de un conjunto de factores realmente acontecidos (se trataría de saber si, tal como se desarrollaron efectivamente los hechos, la conducta contemplada fue necesaria o no para ocasionar el resultado). Sin embargo, ello contradiría el carácter hipotético de la fórmula de la *conditio sine qua non*, que conduce precisamente a preguntar qué habría ocurrido si las cosas hubieran sido distintas a como fueron y, concretamente, si no se hubiese realizado la conducta analizada. Pues bien, lo que es evidente es que, en el caso del veneno antes referido, si preguntáramos qué habría sucedido si la conducta de A no se hubiera realizado, la respuesta ha de ser que C habría actuado y ocasionado el mismo resultado.

19 La única forma que se me alcanza de evitar el fracaso de la fórmula de la *conditio sine qua non* en los casos de **causalidad hipotética** sería la de preguntar si el

el carácter causal de la conducta realizada por ser la realizada (sobre esto último cfr. K. Engisch, Die Kausalität, p. 16), sino de requerir una completa igualdad entre el resultado producido y el que tendría lugar sin la conducta realizada, igualdad que no supone necesariamente exacta coincidencia entre las conductas que pueden ocasionarlo.

12. Así Speidel, Die Kausalitätsformel, p. 58; Weizel, l. b. p. 44; Günther, Diehtos maßgebendes, pp. 119 s.; Cerezo, PG. II, 6ª ed., pp. 56 s.; Lutzén, Curso, p. 371 s.

LA PARTE OBJETIVA DEL TIPO DOLOSO: RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA 245

resultado subsistiría en caso de que no se hubiera producido una conducta como la efectuada —suprimiendo mortalmente no la acción concreta, sino la *clase de acción* a que pertenece; en nuestro ejemplo, echar un determinado veneno en un determinado café que ha de ser bebido en un determinado momento—. 13

Ahora bien, ¿qué criterio ha de guiar la selección de las notas que permitan considerar a 20 una acción como de la misma clase que otra a los efectos que aquí importarían? Habrá que hacer abstracción de las características que de antemano aparezcan como irrelevantes en orden a más posible virtualidad causal — así, en el ejemplo del veneno, es irrelevante que éste se vierta más o menos despacio, como lo es el hecho de que se haga momentos antes o después, con tal de que sea con anterioridad al instante en que deba servirse el café—. Para considerar a varias acciones como de la misma clase tendríamos que encontrar que tengan en común la posibilidad de producir el mismo resultado — en el caso examinado, todas las acciones consistentes en verter el mismo veneno en el café serían equivalentes porque puedan causar el mismo resultado—. ¿No plantea ello una petición de principio, en el sentido de que suponga condicionar la identificación de la clase de conducta por la que hay que preguntar en orden a su causalidad a las notas que ya sabemos que son causales? No, ya que no partimos de las notas que sabemos a *post* que han hecho causal a la conducta, sino de las que *ex ante*, según nuestra experiencia anterior, pensamos que pueden causar el resultado. *Ex post* puede que no resulte así. Por ejemplo, puede ocurrir que el que se bebe el café envenenado muera de un fallo cardíaco antes de que el veneno pudiera actuar. Seguiría teniendo sentido preguntar si el resultado se hubiera producido igual de no haberse realizado una conducta como la de echar veneno, que *ex ante* parecía capaz de causar el resultado. Y la respuesta —negativa en esta variante del caso— valdría para toda acción que *ex ante* tuviera la misma virtualidad causal y, por tanto, también para todos los cursos causales hipotéticos alternativos.

La interpretación propuesta de la fórmula de la *conditio sine qua non* no hace sino destacar de 21 forma especialmente evidente una limitación inherente a esta fórmula, que se manifiesta igualmente cuando se desconoce la virtualidad causal de una acción (dos casos mencionados supra, en a). Sólo tendría sentido preguntar con relación a una determinada conducta qué hubiera ocurrido si no se hubiera producido, cuando previamente creemos que dicha conducta posee virtualidad causal suficiente. A nadie se le ocurrirá aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* respecto a acciones que desde un principio se muestran incapaces de condicionar el resultado: nadie utilizará la fórmula para averiguar que el espectador que se limita a contemplar cómo alguien dispara sobre otro que cae muerto no es causa de esta muerte. Como el número de hechos anteriores al resultado es limitado, la fórmula sólo es útil respecto a aquellas conductas que previamente pueden suponerse hipotéticamente causales. La fórmula de la *conditio sine qua non* presupone, pues, el conocimiento previo de la capacidad causal de una acción o de otras similares.

13. A un resultado percibido conduce la propuesta de Puppe, ADPCCP 1992, pp. 691 s., de renunciar a exigir para la causalidad una condición *necesaria* y conformarse con requerir que sea un «componente necesario de una condición *suficiente* del resultado según las leyes de la Naturaleza». Ninguna conducta concreta perteneciente a la *clase* de las que son necesarias para explicar el resultado es ella misma necesaria, pero sí suficiente para el mismo.

22 De ahí que un sector doctrinal, encabezado por Engisch,¹⁴ proponga sustituir la fórmula de la *conditio sine qua non* por la denominada de la «condición ajustada a las leyes de la naturaleza». Esta fórmula prescinde de un juicio hipotético sobre lo que habría ocurrido si las cosas se hubieran producido de otro modo y se limita a preguntar si el resultado se halla unido a la acción como efecto de ésta con arreglo a las leyes de la naturaleza. Tal cuestión debe decidirla el experto a la vista de los conocimientos científicos acerca de las relaciones causales que se producen en el mundo. P. ej.: es el médico forense el que debe decidir si la bala afectó a un órgano vital y produjo la muerte, pues la Medicina nos dice que una bala que afecte plenamente a un órgano vital, como el corazón, determina la muerte. Esta teoría acepta al señalar el punto de partida necesario para cualquier situación acerca de la virtualidad causal de una conducta. Como hemos visto, la fórmula de la *conditio sine qua non* presupone un conocimiento previo de las leyes que rigen los distintos factores en juego.¹⁵ También es cierto que en los casos más simples —los más frecuentes— basta con este conocimiento y no es precisa la ayuda de ninguna fórmula lógica como la de la *conditio sine qua non*. Es lo que sucede respecto a factores inmediatamente precedentes al resultado y sin duda capaces, según nuestros conocimientos, de producirlo. Ejemplo: alguien dispara a boquejarro en la sien de otro, que muere instantáneamente.

25 Mas ello no significa que la fórmula de la *conditio sine qua non* encierre una petición de principio y sea innecesaria. Las leyes de la naturaleza nos informarán acerca de los hechos directamente vinculados al resultado (el cuchillo que atraviesa el corazón es causa de la muerte) y de las causas inmediatas de aquéllos, pero no responderán a la cuestión de si deben considerarse causas del resultado todos estos factores condicionantes o sólo algunos. *La teoría de la equivalencia ofrece el concepto lógico de causa que permite considerar tal a toda condición, por remota o poco importante que sea.* La fórmula de la *conditio sine qua non* sirve para aclarar que el concepto de condición abarca a todo factor causal que no pudiera eliminarse sin suprimir el resultado. Para decidir cuándo ocurrirá esto último es para lo que es preciso el conocimiento de las leyes de la naturaleza. Este conocimiento no basta, pues, por sí solo, sino como medio auxiliar para llenar de contenido el concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia y que permite comprobar la fórmula lógica de la *conditio sine qua non*.

24 *Ejemplos:* Si alguien toma dos tazas de té envenenadas cada una de ellas por separado y muere a continuación, cabe pensar que ambas tazas hayan influido en la muerte; pero imaginemos que en la segunda taza se contiene un veneno más eficaz que adelantaría la muerte a un momento en que el veneno de la primera taza no hubiera desplegado aún todo su efecto mortal (supuesto conocido con el nombre de «causalidad adelantada»). Es evidente que el segundo veneno es causa del resultado, aunque el primer veneno hubiera empezado ya a actuar. Más problemática podrá ser la consideración del primer veneno. Si partiéramos de un concepto lógico de causa limitado al factor decisivo, cabría negar la causalidad del primer veneno. En cambio, si se parte del concepto de causa como condición del resultado,

14. Cfr. Engisch, Die Kausalfiktion..., pp. 21, 25 y ss. Le siguen Arth, Kaufmann, Hardwig, Noll, Schünke, Schröder/Lemken, Rudolph, Samsón: cfr., en el mismo sentido, Jeschke, Tratado, cit. I, p. 385. En España, Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 122 s.; Arroyo, op. cit., p. 190; Rodríguez Doreca, PG, cit. p. 562; Gómez Benítez, Cansañal, pp. 28 s.

15. Sobre el grado necesario de dicho conocimiento de las leyes causales generales, no siempre completo, y sobre los problemas que ello supone para la prueba de la causalidad cfr. Gómez Benítez, Causabilidad, pp. 28 ss.

la solución dependerá de si, en caso de no haber concurrido, la muerte se hubiera producido igual—en el mismo momento y de la misma forma—por efecto del segundo. Aquí será útil la fórmula de la *conditio sine qua non*.

En la práctica, la fórmula de la *conditio sine qua non* es útil, sobre todo, para decidir si es causa de un resultado una conducta que no se halle en conexión inmediata con él, sino con el hecho que constituye la causa inmediata del mismo. Ejemplo: ¿es el accidente primero causa de la muerte del herido en accidente de la ambulancia que lo trasladaba? (causas causales indirectas o mediatas).¹⁶ Para decidir que el accidente de la ambulancia es la causa de la muerte no es precisa la fórmula de la *conditio sine qua non*, como tampoco lo es para determinar que el primer accidente causó las lesiones que sufrió el herido durante su traslado; más discutible sería, en cambio, si por el hecho de ser el primer accidente causa del traslado del herido debe considerarse causa del accidente sufrido por la ambulancia. Y, sin embargo, la fórmula de la *conditio sine qua non* resuelve inequívocamente la cuestión en sentido afirmativo. Aquí la fórmula estudiada cumple una función parecida a la máxima que utiliza el Tribunal Supremo español, según la cual «quien es causa de la causa es causa del mal causado» (*qui est causa causae est causa causae*).¹⁷

Así, la STS 17 sept. 82, en un caso en que una muchacha estudiante mató a su compañero al disparar un arma de caza que un tercer compañero le había dicho que estaba descargada, afirmó la relación de causalidad entre la conducta del último y la muerte del segundo. En la STS 21 nov. 80 se admite también la relación de causalidad entre la conducción imprudente que dio lugar a un primer accidente y el resultado lesivo que causa otro vehículo, también conducido imprudentemente, al encontrarse con el primero. En cambio—y ello demuestra que la cuestión no es elemental y puede requerir del auxilio de una fórmula como la de la *conditio sine qua non*—, la STS 16 junio 77 había negado la relación de causalidad en un caso estructuralmente análogo de dos accidentes, sin el primero de los cuales no se habría producido el segundo.

26 *Ad 2º)* Más difícil es decidir si la fórmula de la *conditio sine qua non* fracasa o no en los casos de *causalidad acumulativa*. Si realmente se diera el caso teórico de concurrencia de varias acciones todas ellas productoras por separado de un mismo resultado que se originaría aun mediando una sola, fallaría la fórmula de la *conditio sine qua non*. Es difícil, sin embargo, imaginar que ello pueda llegar a ocurrir. Normalmente la pluralidad de acciones modificará el resultado, ya sea por adelantarlo al suponer una mayor intensidad del ataque, ya sea, sencillamente, porque va a cambiar la forma concreta de aparición del resultado.

16. De acuerdo Jazón, Curso, p. 372.

17. Sobre este principio y el también utilizado por el Tribunal Supremo español, según el cual «al delinquir responde de sus actos y de todos sus consecuencias» (SS. 5 junio 1878 y 15 marzo 1954), cfr.: Antón Orca, PG, p. 164; Cuervo Galán, PG, pp. 534 ss., 343 s.; Rodríguez Mourullo, PG, p. 305; Rodríguez Doreca, PG, pp. 566 ss.; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 10 ss.; Luzón Domingo, Doctrina penal del Tribunal Supremo, I, Barcelona, 1964, p. 53; Cervero, PG, II, 6ª ed., pp. 58 s. Más recientemente STS 6 jun. 94.

28 Así, 25 puñaladas mortales causarían una muerte más rápida que una sola, si todas ellas llegan a desplegar su efecto mortal como se requiere en los casos de causalidad acumulativa; en todo caso el forense deberá diagnosticar la muerte diferente si tiene lugar por 25 puñaladas eficaces que por una sola. Lo mismo sucederá siempre que las distintas acciones supongan, por ejemplo, ataques físicamente distintos que afecten a puntos diferentes, requieran muy próximos, del cuerpo. Más problemático será el supuesto de mezcla de sustancias químicas que sean suministradas juntas por idéntica vía. Mas aunque aquí cada cantidad de sustancia a examinar sea de suyo suficiente para causar la muerte, al mezclarse o bien aumentará el efecto conjunto y se adelantará el resultado, o bien éste tendrá lugar al mismo tiempo pero por obra de la mezcla, lo que determinará que de cada dosis mortal sobre como excedente innecesario la cantidad que aporten las demás dosis a la mezcla que resulte mortal. Así, por ejemplo, si a una cantidad de aire comprimido suficiente para producir la muerte mediante su inyección alguien añade otra cantidad de aire también suficiente, cuando se inyecte el aire la muerte se producirá en el mismo momento, pero por obra de la mezcla del aire, lo que hará que sobre la mitad de cada dosis. Dejaría entonces de darse la situación teórica de la causalidad acumulativa, porque ninguna de ambas acciones habría causado por sí sola la muerte, sino que cada una de ellas habría aportado sólo la mitad de la dosis mortal. Siendo así, la fórmula de la *conditio sine qua non* no fracasaría, puesto que sin ambas acciones la muerte no se habría producido por el mismo aire. En los demás casos anteriores es aún más evidente que no falla la fórmula de la *conditio sine qua non*.

29 Si, pese a todo, llega a producirse una verdadera situación de causalidad acumulativa en que, aun suprimiendo alternativamente cada uno de los factores, el resultado se hubiera producido exactamente igual, habría que modificar la fórmula de la *conditio sine qua non* en los términos siguientes: cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente en forma alternativa pero no acumulativa, sin que resulte afectado el resultado, todas ellas son causa del mismo.¹⁸

30 Esta formulación no será aplicable en la práctica cuando no pueda saberse con seguridad si la ausencia de cada uno de los factores concurrentes hubiera modificando el resultado de alguna forma. Considérese el siguiente caso tomado de uno parecido de la jurisprudencia recientemente: sin previo acuerdo, dos motoristas adelantaron, por ambos lados y simultáneamente, a un jinete que, a consecuencia de ello, cae del caballo; aunque se llegue a probar que el jinete hubiera caído también aunque sólo hubiera sido adelantado por cualquiera de ambos motoristas por sí solo, será muy difícil saber si en tal caso hubiera caído de idéntica forma.

31 **En conclusión:** sobre la base del concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia de las condiciones, la causalidad puede comprobarse partiendo del conocimiento de las leyes de la naturaleza, lo que bastará en los casos más simples, y utilizando la fórmula de la *conditio sine qua non* cuando haya que analizar varios factores que según aquellas leyes puedan influir en el resultado y en los casos de causalidad indirecta o mediata, en los que se interpone algún factor causal entre el resultado y la conducta examinada. En los casos más problemáticos de cursos causales hipotéticos la fórmula de la *conditio sine qua non* puede manejarse con

18. Así Tarnowski (1927), cit., en el mismo sentido, Weizel, *l. h.*, cit., p. 45; Jeschek, *Tratado*, I, p. 384; Goveo, *PG*, II, 6.º ed., p. 53.

éxito si se pregunta qué hubiera ocurrido de no haberse realizado una conducta como la efectuada, según su virtualidad causal *ex ante*, en cuanto a los supuestos de causalidad acumulativa es muy problemático que puedan producirse en la práctica y no modifiquen las condiciones de aparición del resultado, única cosa que obligaría a modificar la fórmula de la *conditio sine qua non* en los términos antes expresados.

B) La teoría de la equivalencia de las condiciones, ya sea auxiliada por la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, ya lo sea por la de la *conditio sine qua non*, considera causales muchas conductas a las cuales no cabe imputar el resultado. Esta es la objeción clásica de esta teoría: que extiende demasiado la noción de causa. Ejemplos: el sobrino hace subir frecuentemente a su tío rico en avión, para conseguir que muera en accidente y poder heredar de él, y así sucede; A golpea a B, quien al ser trasladado al dispensario sufre un accidente que determina su muerte. En ambos ejemplos, las conductas (del sobrino y de A) son causa de la muerte, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, porque sin ellas no se habría producido. Y, sin embargo, socialmente no será posible decir que las conductas expresadas puedan determinar la imputación de un homicidio: nadie puede pensar que el sobrino o A han «matado» en el sentido del art. 158 CP.

Los efectos de la considerable extensión del concepto de causa de la teoría de la condición pueden evitarse en muchos casos mediante la exigencia de dolo o imprudencia. Así, si el sobrino no hubiese querido producir la muerte de su tío, aun afirmada la relación de causalidad, procedería la imputación por falta de dolo o imprudencia (ya que en principio no es imprudente hacer subir a un avión). Pero, si no se limitan de otro modo sus efectos, la admisión de la causalidad podrá llevar a la imposición de una pena cuando el agente persiga la producción del resultado típico (actúa *dolosamente*).¹⁹

Cuando el autor actúa con la intención de provocar el resultado típico, si el tipo objetivo se entienda realizado por toda condición del mismo, la afirmación de la causalidad puede conducir de modo inevitable a tener que castigarlo por delito doloso. Así, la aplicación de la teoría de la condición podría obligar a castigarlo por asesinato doloso, pues el hacer subir al avión sería causa de la muerte (tipo objetivo) y ésta habría sido querida por el autor (tipo subjetivo). Esta consecuencia es inadmisibles.

19. Algunos autores (como Armin Kaufmann, *ADP*CP 1985, pp. 821 s., siguiendo a Weizel y Engisch) creen que en casos como el del texto bastaría ya el dolo y ello permitiría afirmar la imputación sin necesidad de restringir la causalidad: faltaría el dolo porque en tales casos el sujeto sólo puede «desear» o «esperar» el resultado. Pero tiene razón Roxin, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 240 s., cuando replica que si el dolo falta es únicamente porque falta su objeto, la parte objetiva del tipo, lo cual presupone que no basta para el mismo la mera causación del resultado. Si ésta bastara, habría que afirmar el dolo no puede, pues, sustituir la necesaria restricción previa del tipo objetivo que posula la moderna teoría de la imputación objetiva (ítem 3). Así Roxin, *op. cit.*, p. 247.

35 C) Para restringir los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones hay dos posibilidades: o bien rechazar el concepto de causa de la teoría de la condición y mantener otra concepción más restringida de la causalidad, o bien aceptar el concepto de causa de la teoría de la condición pero considerando insuficiente la relación de causalidad para permitir la imputación objetiva del resultado. El primero ha sido el camino tradicional. Mas por dicha vía la doctrina formuló una teoría, llamada *de la adecuación*, que, pese a presentarse originariamente como una teoría de la causalidad, hoy se admite como una doctrina que no afecta al concepto de causa, sino que debe operar después de constatada la causalidad, para seguir comprobando la imputación objetiva del resultado. Sobre la base de la teoría de la adecuación se halla en proceso de elaboración la actual teoría de la imputación objetiva.

36 a) Las teorías individualizadoras de la causalidad constituyen una primera vía que siguió la doctrina durante un tiempo para delimitar el concepto de causa pero que hoy se halla abandonada por la ciencia jurídico-penal. Mientras que la teoría de la condición sostiene que toda condición es causa, este grupo de teorías parte de la distinción de los conceptos de causa y condición. Para ellas no toda condición del resultado puede considerarse causa del mismo, sino sólo aquella condición que se distingue por poseer una mayor eficacia causal que las demás. Se habla en este contexto de «causa eficiente», y se busca el criterio que conviene a una condición en causa por distintas vías: atendiendo al «factor decisivo» (Binding), a la «condición más eficaz» (Birkmeyer), a la «última condición» (Ortman), etc.²⁰

37 Todas ellas tropiezan con un obstáculo insalvable: la mayor o menor «eficiencia» o «preponderancia» causal de una condición constituye una cuestión *fisico-naturalística* que no puede decidir la responsabilidad jurídico-penal²¹ y, viceversa, la valoración de una conducta desde el prisma que puede importar al Derecho penal no debe interferir en la cuestión ontológica de si un hecho debe su existencia a otro que constituye causa del primero. De hecho, al excluir condiciones del resultado en base sólo a una pretendida insuficiente influencia causal de las mismas, *las teorías individualizadoras restringían demasiado* la esfera de las conductas causales, de modo que impedirían fundamentar la responsabilidad penal en casos en que lo imponen las exigencias del Derecho penal.

20. Vid. la exposición de estas teorías en: Mauerath, *Tratado*, v. pp. 254 s.; Jeschke, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., 1972, p. 215. Sobre el manejo del concepto de «causa eficiente» en España (cfr. Corzo, PG, II, 6ª ed., pp. 61 ss. críticamente).

21. Cfr. en este sentido Gimbernat, *Delitos cualificados*, pp. 94 s.; Corzo, PG, II, 6ª ed., p. 61.

Ejemplo: Una misma conducta objetiva de servir un café envenenado puede verse como la realización del hecho típico del asesinato doloso, si se efectúa a conciencia de su significado, o como la de un instrumento que actúa típicamente en manos de un autor mediano, si éste vertió el veneno sin que el que sirve la bebida lo advierta. Desde el prisma puramente ontológico de los factores causales la «eficiencia» de la conducta de servir el café es en ambos casos la misma —puede verse como «decisiva» y propia del «factor último»—, mientras que para el Derecho penal en el segundo caso debe dejarse paso a la conducta del autor mediano, único al que puede imputarse el hecho típico. Si adoptásemos el criterio de la eficacia causal-naturalística no podría considerarse en este caso como causa al autor mediano. Siendo, además, atípico el hecho del instrumento, no podría tampoco considerarse a aquel como inductor (en virtud del principio de accesoriedad de la participación no cabe ésta en un hecho atípico).

Ello explica que en la actualidad estas teorías se hallen abandonadas por la ciencia. No obstante, **el TS suele acudir a puntos de vista próximos**. Así, exige a menudo la «causalidad eficiente» (S. 9 junio 69), «principal» (S. 17 febr. 69), «primera y eficiente» con «relevancia y poderío mayor» (S. 16 junio 82). En este contexto debe situarse la doctrina acogida por el TS de la **interrupción del nexo causal** en caso de interferencia de algún «accidente extraño» (p. ej.: SS. 15 enero 66, 20 mar. 68, 16 jun. 77). Tal interrupción no se afirma en base a factores preexistentes o concomitantes (como la constitución física del herido), sino sólo generalmente por la concurrencia de una *actuación posterior* de otra persona, sea la víctima o un tercero, actuación que en principio se requiere que sea *dolosa* (así SS. 4 febr. 58 y 8 febr. 64), pero que en ocasiones se admite que sea *imprudente* (así SS. 28 en. 55, 16 jun. 77, 15 dic. 78).²² En alguna Sentencia, sin embargo, no se ha admitido interrupción del nexo causal y se ha calificado por imprudencia pose a haberse producido el resultado dolosamente por unos terroristas (STS 29 en. 85; caso Vinader), o, por imprudencia médica posterior (STS 19 mayo 94).²³ Lo decisivo sería, entonces, si la conducta del tercero, dolosa o imprudente, puede considerarse un «accidente extraño» o era previsible (STS 15 oct. 93).

Esta doctrina de la interrupción del nexo causal no puede admitirse desde el punto de vista aquí acogido y hoy dominante de la teoría de la equivalencia de las condiciones,²⁴ ni es tampoco coherente con el axioma constantemente repetido por la jurisprudencia española de «quien es causa de la causa es causa del mal causado». Sin embargo, es correcto que en ciertos casos determinadas interferencias

22. Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., t. p. 15; Antón Oñeca, PG, p. 166; Rodríguez Mourullo, PG, pp. 504 s.; Cuello Calón, PG, pp. 544 s.; Rodríguez Devesa, PG, p. 568; Corzo, PG, II, 6ª ed., p. 59.

23. Ver el comentario a esta sentencia de Roldán, *ADPCP* 1994, pp. 575 ss.

24. Críticamente, Gimbernat, *Delitos cualificados*, cit., pp. 89 ss.; Corzo, PG, II, 6ª ed., p. 60; correctamente la STS 1 jul. 91.

deben excluir la imputación objetiva (no el nexo causal): así, correctamente, la STS 17 en. 2001 (cfr. infra, 3 B).

41 b) La doctrina dominante prefiere la limitación que permite la teoría de la adecuación (o de la *condición adecuada*).

42 Formulada por un médico no jurista, von Kries, a fines del siglo XIX,²⁵ se presentó como una teoría de la causalidad y así ha seguido entendiéndose por un sector doctrinal,²⁶ pero en la actualidad se impone la idea correcta de que en realidad constituye un límite de la imputación objetiva que no afecta a la causalidad.²⁷ Se distingue, en todo caso, de las teorías individualizadoras en que no persigue seleccionar de entre las condiciones del resultado aquella que ha resultado más eficaz o decisiva causalmente —lo que exige una *comparación* de las diversas condiciones y conduce a elegir estableciendo una *jerarquía* según el grado de su influencia causal—, sino que analiza cada condición en sí misma y con independencia de su peso comparativo en el conjunto de factores en juego. Por otra parte, atiende a un aspecto de la conducta que importa desde el prisma del Derecho y no sólo desde el de su eficacia causal: pregunta si en el momento de realizarse *podría prevverse* de algún modo que causaría el resultado, lo cual importaría un Derecho penal protector de bienes jurídicos en el sentido de que éste sólo puede pretender prohibir las acciones que en el momento de realizarse aparezcan como peligrosas para aquellos bienes.²⁸

43 La teoría se concreta diciendo que sólo deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, *para el espectador objetivo y prudente* retrotrayido al momento de la acción (*ex ante*), con todos los conocimientos de la situación de que *disponía el autor al actuar, además de aquellos que hubiera tenido el observador* (pronóstico posterior objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado. No lo serían cuando apareciese como *muy improbable* que produjesen el resultado²⁹ y no pudiese *contarse con su causación*.³⁰ Lo previsible debe ser el *concreto* resultado, con sus circunstancias esenciales.

44 Esta teoría permite resolver acertadamente casos, como los propuestos más arriba, en que la teoría de la equivalencia lleva demasiado lejos. Así, no aparecería como adecuado para producir la muerte de B, que A le propine unos golpes leves, ni que le lesione con ánimo de matarlo si no obstante encuentra la muerte por una vía tan distinta como la de un accidente de la ambulancia que lo trasladaba al hospital. Tampoco será adecuada para causar la muerte de

25. J. von Kries, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, II, 1886.

26. En Españar: Antón Ojeda, PG, p. 167; Queljo Calón, PG, pp. 354 ss.; en Alemania: Maurach, Tratado, I, pp. 275 ss.

27. Por todos cfr.: Jeschke, Tratado, I, p. 388; Roxin, *Problemas...*, pp. 131 s.

28. Cfr. Mir Puig, *Función*, pp. 64 s.; Gimbernat, *Delitos cualificados*, pp. 103, 151 ss.

29. Así Fingstich, *Die Kausalität*, p. 46; Jeschke, Tratado, I, 388.

30. Así Maurach, *Tratado*, I, p. 276. Una concepción más objetiva y menos restrictiva, que requiere la «predecibilidad del resultado según leyes generales para afirmar la «relación de causalidad» (como relación ideal) y no sólo la «causación» (como relación material) mantiene Cobo/Vives, PG, pp. 388 ss.

la embarazada la intervención abortiva cuidadosa durante la cual se produce un corte en la energía eléctrica. En cambio, sí serían adecuadas todas estas conductas si el autor conocía las circunstancias especiales que determinarían la muerte (p. ej.: que la víctima sufría hemofilia).

Se tienen en cuenta, pues, los conocimientos especiales (superiores) que tenga el autor. 45 pero no sus desconocimientos que no hubiera tenido un hombre prudente. El error venible para el espectador prudente que sirve de baremo aquí no excluye la adecuación de la conducta ni, por tanto, el tipo objetivo, sino sólo el dolo. Sólo el error invencible para cualquier persona prudente excluye ya la adecuación objetiva de la conducta. La razón del diverso tratamiento de los conocimientos especiales (superiores) y del error ha de verse en que en el tipo objetivo lo que importa es lo que puede imputarse a un hombre medio prudente (valoración intersubjetiva), lo que importa es lo que importan *todos los conocimientos que ex ante habría tenido una persona prudente que hubiera vivido lo que vivió el autor*, y es evidente que en tal hipótesis la persona prudente habría tenido los conocimientos superiores a que tuvo acceso el autor, pero hubiera evitado caer en un error venible.³¹ P. ej., habría sabido que la víctima era hemofílica si el autor tuvo acceso a este dato, pero no habría caído en el error imprudente del autor de creer descargada el arma que disparó para gastar una broma al amigo al que mató —la persona prudente habría comprobado el arma y habría advertido que estaba cargada—. La aparente asimetría de tratamiento de los conocimientos superiores y los inferiores se supera mediante la referencia a los conocimientos que habría tenido una persona prudente que hubiera vivido (no sabido) lo mismo que el autor.

46 Sin embargo, la teoría de la adecuación no puede considerarse una teoría de la causalidad, sino una teoría de la *imputación objetiva*, es decir, de límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad.³² Porque lógicamente no cabe negar que es causa toda condición sin la cual el resultado no se hubiera producido (como sostiene la fórmula de la *conditio sine qua non*): por muy inadecuada que *a priori* pudiera parecer, *a posteriori* habrá resultado causal. La teoría de la adecuación no puede negar esto, sino que ha de reducir su papel a selección de las causas que jurídicamente permiten la imputación objetiva del resultado a las mismas. No basta que naturalmente permitan la imputación objetiva de la muerte, es preciso además que jurídicamente pueda decirse que se ha «matado»: es precisa una interpretación del verbo típico desde el punto de vista de la *finalidad de protección del Derecho penal*, que sólo debe tender a evitar conductas que aparezcan como suficientemente peligrosas en el momento de su realización.³³

31. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1994, p. 18.

32. Gómez Benítez, *Causalidad*, pp. 21 s.; Roxin, I, § 11/76 s., destacando además la necesidad de añadir otros criterios para la imputación junto al de la adecuación. La STS 5 abril 83 ofrece la más clara y completa delimitación entre causalidad e imputación objetiva. Cfr. también, distinguiendo ambos niveles, las STS 4 mar. 85, 11 febr. 87 y 26 jun. 93.

33. Vid. supra, nota 20. Ver también Torío, ADPCP 1986, pp. 47 s.; el mismo, *Fin de protección*, pp. 383-400. Destaca acertadamente que esta concepción del Derecho penal es la base de la teoría de la imputación objetiva Martínez Escandell, *Imputación*, pp. 73 ss.; La STS 25 abr. 85 señala, como base legal de la insuficiencia

5. La imputación objetiva del hecho

- 47 La teoría de la imputación objetiva³⁴ parte del planteamiento anterior y lo desarrolla para hacerlo fructífero con carácter general. No se trata sólo de un correctivo a veces necesario de la causalidad, sino de una exigencia general de la realización típica. Es más, lo que no siempre es necesario es la relación de causalidad, que no es precisa en los delitos de comisión por omisión, los cuales también requieren, en cambio, la imputación objetiva del resultado a la omisión.³⁵ En los delitos de acción... los aquí estudiados—la teoría de la imputación objetiva exige:
- a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, b) que se realice en el resultado.³⁶ En los delitos que exigen la producción de un resultado separado, siempre que falte la relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, fallará la imputación objetiva; mas no toda causa del resultado supone la creación de un riesgo cuantitativa y cualitativamente suficiente que se realice en el resultado.

48 Los dos aspectos de la fórmula citada (creación de un determinado riesgo y realización del mismo en el resultado) tienen distinto significado dogmático. Mientras que el primero afecta a la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo, sólo el segundo se refiere estrictamente a la imputación del resultado. La creación del riesgo ha de verse, pues, como presupuesto del *desafío intersubjetivo de la conducta* (a decidir *ex ante*), mientras que la realización en el resultado, al igual que la relación de causalidad, condicionan el *desafío del resultado* (a decidir *ex post*). La creación del riesgo es presupuesto intersubjetivo de la infracción de la norma primaria, que prohíbe la conducta, en tanto que la realización en el resultado es presupuesto de aplicación de la norma secundaria, que impone la pena.³⁷ De ahí que cuando falte el primer elemento no sólo no se imputará el resultado, sino que tampoco existirá conducta alguna calificable de tentativa, mientras que si la habrá cuando concurra la creación del riesgo doloso y sólo falte su realización en el resultado—como ocurre cuando en un hecho doloso (sólo) falta la relación de causalidad.

A) La imputación objetiva de la conducta

- 49 Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que *ex ante* apareciese como creadora

de la causalidad y de la necesidad de requerir la imputación objetiva, el anterior art. 6 bis b) CP, que excluía la responsabilidad penal aunque se «causara» el hecho si ello «inviere lugar por nuevo accidentes».

34. Vid. supra, nota 1. La monografía española más completa es la de Martínez Escamilla, *Imputación, pasiva*.

35. Vid. supra, 1.

36. Por todos: Jeschke, *Tratado*, I, p. 589; Rudolph, *Systematischer Kommentar*, Preimbando al paragr. 1, p. 57; Roxin, *AT*, § 11/42 ss.

37. Fin strafrecht. W. Fisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 67, 509 ss.; y Roxin-Festschrift, pp. 252 ss.; Sifon, *Aproximación*, pp. 415 ss.; Corcovy, *Delito imprudente*, pp. 555 ss., 582, 423 ss., 454 ss. En contra Roxin, *AT*, § 11/16.

de un riesgo típicamente relevante.³⁸ Ello no sucede en los casos de disminución del riesgo, en los de ausencia de un grado de riesgo suficiente y en aquellos en que se origina un riesgo socialmente adecuado.

- a) Casos de **disminución del riesgo**. Cuando la conducta co-causante del resultado tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico, se dice que disminuye el riesgo y, por lo tanto, que no crea un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva. Éste sería el caso de quien desvía la acción lesiva dirigida a una parte esencial de un determinado objeto de modo que recaiga en otra parte menos valiosa. Se menciona aquí el ejemplo de quien desvía el golpe dirigido a la cabeza de la víctima con peligro para su vida y logra que dé en su hombro.³⁹

Este ejemplo puede resultar discutible si se entiende que la desviación del golpe no sólo disminuye un riesgo para el bien jurídico de la vida, sino que también crea un riesgo en otro bien jurídico *distinto*, como el de la salud e integridad física. Podría, entonces, resolverse el caso afirmando la imputación objetiva de la lesión y apreciando a continuación la eximente de estado de necesidad. En cambio, la negación de la imputación objetiva podría mantenerse si se contempla la lesión a la salud o integridad física no como un *daño*, sino como un *minus* respecto a la muerte de la misma persona.⁴⁰

- b) Casos de **ausencia de un determinado grado de riesgo**. Deben incluirse aquí los supuestos en que *ex ante* no existe un riesgo cuantitativamente suficiente (riesgo insignificante). El criterio para decidir la existencia de suficiente riesgo ha de ser el mismo utilizado por la teoría de la adecuación (*vid. supra*):⁴¹ punto de vista de una persona prudente en el momento de la acción (*ex ante*), con los conocimientos que habría tenido si hubiera vivido lo que vivió el autor (lo que incluye los conocimientos especiales que pudiera tener el autor, pero no sus errores vencibles).

Cabe plantear la cuestión de si el grado de peligro que traza la frontera de la imputación objetiva depende de la *intención* del sujeto. Habría conductas, como las de un homicidio, en que la intención parece que no debe importar en orden a la imputación de un homicidio. Sin embargo, considerese el caso siguiente: alguien con poca puntería dispara con ánimo de matar sobre una persona que se encuentra a una distancia tal que sólo puede divisarla gracias a la mirilla telescópica de su fusil.⁴² Supongamos que *ex ante* en tales condiciones estadísticamente fuese difícilísimo dar en el blanco. Si, pese a todo, la bala da muerte a la víctima, ¿negará alguien

38. Cf. ya Hong, *Frank-Festschrift*, p. 186; Jeschke, *Tratado*, I, p. 590; Roxin, *Problemas*, pp. 151 ss. En contra, Cerezo, *PG*, II, 6^a ed., p. 104.

39. Cf. Jeschke, *Tratado*, I, p. 589; Roxin, *Problemas*, p. 151. Es elocuente el ejemplo que propone este autor de quien intentando impedir un homicidio sólo consigue rehusarlo.

40. De acuerdo Lutzén, *Curso*, p. 586. Círculo preferible acudir al estado de necesidad por presuponer la disminución del riesgo una situación de necesidad, Baldo, *Estado de necesidad*, pp. 152 ss.

41. Cf. Roxin, *AT*, § 11/49 s.

42. Cf. Gimbernat, *Delitos cualificados...*, p. 59.

la imputación objetiva?⁴⁴ Si, en cambio, el disparo se hace sin ánimo de alcanzar a una persona, aunque cause la muerte de alguien será más fácil negar la imputación objetiva si las posibilidades de dar muerte a una persona eran tan pequeñas como en el caso anterior.⁴⁴

54 La diferencia de trato de ambos casos podría justificarse del modo que sigue:

55 Sería inconveniente para la vida social que se prohibiera bajo pena como peligrosa para un determinado bien jurídico toda conducta que entranara cualquier riesgo mínimo para dicho bien, si tal conducta no es *identificable* en cuanto tal por *manifestar objetivamente* una dirección final hacia la lesión del bien jurídico—como sucede cuando se dispara de muy lejos apuntando a matar—. Salvo en este caso, la determinación de las conductas mínimamente peligrosas para un bien jurídico alcanzaría a buena parte de las actividades que se consideran socialmente útiles, pues son muchas las que encierran algún riesgo. Prohibirlas todas supondría paralizar la vida social tal como hoy la entendemos. Más fácil sería prohibir como peligrosas para un determinado bien jurídico toda conducta que el sujeto *advirtiera* que lo es. Pero no parece que pudiera bastar este conocimiento del mínimo peligro, pues ello dificultaría enormemente la vida de las personas extremadamente previsoras, a quienes resultarían prohibidas penalmente gran número de las actividades sociales más comunes y con ello se les privaría de la posibilidad de perseguir las metas legítimas que las mismas permitan. Este último inconveniente desaparecería si se prohibieran sólo aquellas conductas mínimamente peligrosas para un bien jurídico que el sujeto realizase *con el fin* de poner en peligro el bien jurídico. Mas ello tampoco sería satisfactorio para un Derecho regulador de conductas externas que no quiera casigar pensamientos, si externamente no existiese ninguna diferencia entre la conducta prohibida y las normalmente permitidas—lo que, por otra parte, haría la prohibición insostenible para la seguridad jurídica, por la dificultad de prueba—. En cambio, si la conducta mínimamente peligrosa *resulta externamente* tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico—como en el ejemplo del fusil—, puede prohibirse como peligrosa para dicho bien jurídico sin dificultad para nada la vida social, porque es perfectamente identificable como peligrosa, no sólo subjetivamente, sino también de modo objetivo, lo que la hace fácilmente distinguible de las conductas poco peligrosas no individualizables sin un costo social excesivo.

56 Este planteamiento permittina no sólo conceder un mayor ámbito a la imputación objetiva en los delitos dolosos respecto a las imprudencias, sino también en los hechos realizados con *dolo directo* en comparación con los efectuados con *dolo eventual* (sobre estos conceptos cfr. *infra*, II 1 C). Sin embargo, ello no supone que la «imputación objetiva» deba de ser «objetiva», sino sólo que se ecualizaba a datos subjetivos. Sigue siendo «objetiva» porque no se refiere a la cuestión de si concurre el tipo subjetivo (el dolo), sino a la de si concurre la parte objetiva del tipo doloso.⁴⁵ También es subjetivo el dato de los conocimientos especiales del autor que deben tenerse en cuenta para decidir *ex ante* la adecuación de una conducta para causar un resultado, y, sin embargo, se admite que tal factor subjetivo no empiece al carácter objetivo de la imputación.

57 c) **Casos de riesgo socialmente adecuado.** Tampoco cabe imputar la conducta cuando, pese a suponer un riesgo no despreciable, el mismo carece por su *utilidad*

44. Cerezo, PG, II, *op. cit.*, pp. 104 s. más, por ello, que sea necesaria la previsibilidad objetiva del resultado en los tipos dolosos. Prefiero entender que en casos de intención manifiesta basta un mínimo riesgo, lo que no obsta a la necesidad de un cierto riesgo previsible—que no deja de concurrir en el ejemplo del texto.

44. De acuerdo Torío, ADICP 1986, pp. 39 s.; Cerezo, Dato imprudente, pp. 359 ss.; Schünemann, Consideraciones sobre la imputación objetiva cfr., pp. 430 s. En contra Martínez Escanilla, *Imputación*, pp. 111 ss.

45. En este sentido se manifiesta Roxin, *Gedächtnisschrift* I. Armin Kaufmann, p. 250.

social de relevancia típica jurídico-penal.⁴⁶ No cabe incluir aquí todos los casos en que el riesgo se halla jurídicamente permitido. No cabrán aquellos en que tal permisión se debe a una causa de justificación, sino sólo los riesgos propios de un *tipo de actividad* en sí misma adecuada socialmente, como el deporte, el tráfico, la industria, la investigación, etc.: casos de la llamada «**adecuación social**» en que la utilidad social típica del sector de actividad correspondiente impide considerarla penalmente típica, esto es «típicamente relevante». De otro modo, si toda permisión de un riesgo excluyese la imputación objetiva, ésta desbordaría el ámbito del tipo y supondría la ausencia de causas de justificación, cuestión que conviene separar y contemplar una vez comprobada la imputación de un hecho como típico. Por ello, es preferible evitar la expresión usual de «riesgo jurídicamente desaprobado» como requisito de la imputación objetiva y precisar más hablando de «**riesgo típicamente relevante**».⁴⁷

B) *La imputación objetiva del resultado*

Para la afirmación de la parte objetiva del tipo, en los delitos que exigen la producción de un resultado separado, no es suficiente que una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante cause materialmente el resultado típico. Es necesario, además, que el resultado causado pueda verse como *realización del riesgo* precisamente inherente a la conducta.⁴⁸ Además de la relación de causalidad es necesaria, pues, una **relación de riesgo** entre la conducta y el resultado. De ello se sigue, pues, que también deberá negarse la imputación objetiva de un resultado cuando, pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, no supone la realización de este riesgo, sino de *otro factor*. *Ejemplo*: Alguien dispara sobre otro con ánimo homicida y le hiere de forma tal que hubiera muerto a consecuencia de ello de no haber sido intervenido quirúrgicamente a continuación; sin embargo, en la operación se utiliza un bisturí infectado que determina una infección que lleva a la muerte del paciente.

Aquí pueden incluirse casos en que la jurisprudencia tradicional ha venido considerando como de **interrupción del nexo causal** por intervenciones posteriores imprevisibles de la víctima o de terceras personas (cfr. *supra*, 2 C a)⁴⁹. Píñase en el supuesto de que el herido de muerte por un disparo es rematado por un tercero tras la marcha del primer sujeto. Se produce en estos casos una desviación del curso causal que, en cuanto no quepa contar con él *ex ante*, no puede imputarse a la conducta inicial, por mucho que éste entrañara un riesgo suficiente de causar la

46. Cfr. Martínez Escanilla, *Imputación*, pp. 131 ss. En contra Luzón, *Curso*, p. 382.

47. Acoge esta terminología propuesta en el texto Martínez Escanilla, *Imputación*, pp. XXV, 44, 61 ss.

48. Cfr. Martínez Escanilla, *Imputación*, pp. 165 ss. En este sentido, STS 18 feb. 97.

49. Cfr. Martínez Escanilla, *Imputación*, pp. 326 ss.

muerte *de otro modo*. Los casos como éste no pueden resolverse negando sólo el dolo por error en el curso causal, puesto que habría que excluir el tipo aunque el sujeto hubiese deseado o confiado en que, de no conseguir directamente su objetivo, se produjera por virtud de algún accidente con el que no cabe contar. La razón que cabe alegar es que evitar tales desviaciones no puede ser objetivo de la finalidad de la norma que debe infringirse en los delitos dolosos (el resultado quedaría entonces fuera del «ámbito de protección de la norma»);⁵⁰

4. Ámbito de la teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva debe extender su alcance más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado. La imputación objetiva debe entenderse como el juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material. En los delitos de resultado su realización material es la causación del resultado por una determinada conducta y, como se ha visto, no basta para la imputación objetiva. ¿Qué significa esto? Significa que la causación material del resultado por una conducta no es suficiente para que pueda considerarse objetivamente típica dicha conducta. Si no toda conducta causal permite la imputación objetiva, es porque no toda conducta causal puede reputarse típica. Y precisamente por ello la imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo de que se trate. Si el resultado se puede imputar objetivamente a una conducta es, entonces, porque ésta realiza la parte objetiva del tipo. Ahora bien, para que una conducta realice la parte objetiva del tipo en los tipos de autoría (los que realiza el autor, a diferencia de los que realizan los inductores o cooperadores) (cfr. *infra*, Lecc. 14), es preciso algo más además de lo dicho hasta aquí. Como se verá al estudiar las formas de intervención en el delito, la autoría se distingue de la inducción o la cooperación por requerir algo más que la creación del riesgo típico realizada en el resultado, puesto que también esto debe concurrir en la inducción y en la cooperación. El tipo de autoría requiere, además, que el hecho pueda imputarse al sujeto como suyo. Esta pertenencia del hecho se basa en factores objetivos, aunque éstos también requieren un reflejo subjetivo. La base objetiva de la pertenencia del hecho a título de autor será necesaria para la completa imputación objetiva del tipo de autoría. La completa realización de la parte objetiva del tipo de autoría en los delitos que exigen la producción de un resultado supone, según esto, tres elementos: 1) la relación de causalidad; 2) una determinada relación de riesgo; 3) la relación de autoría.⁵¹

61 El Derecho positivo español comparte el criterio de que no sólo la causalidad, sino también el riesgo son insuficientes para la imputación objetiva del hecho. En efecto, aunque el inductor y el cooperador necesario son causa del resultado (ya que sin ellos éste no se hubiera producido) y pueden serlo en forma previsible, no *son* verdaderos autores del delito, sino sólo sujetos asimilados (art. 28 CP). Ello indica que para la ley no realiza el tipo todo aquel que causa el resultado en forma previsible, sino sólo aquel a quien además puede imputarse el hecho como propio.

50. Cfr. Gimbernat, *Delitos cualificados*, pp. 142 s.; Roxin, *Problemas*, pp. 136 ss.; el mismo, *Jb* 11/1/65; Jeschick, *Tratado*, I, pp. 590 s.; Arroyo, *op. cit.*, pp. 193 ss.; Corcoy, *Delito imputable*, pp. 561 ss.; y, respecto a las intervenciones posteriores de terceros, pp. 541 ss.; Martínez Escamilla, *Imputación*, pp. 259 ss.; Luzón, *Curso*, p. 383.

51. En contra Luzón, *Curso*, p. 387.

62 Por otra parte, también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva.⁵² De la misma forma que el resultado materialmente causado por una conducta puede no ser imputable a esta conducta —p. ej., por no ser en absoluto previsible *ex ante* que ésta causase aquel resultado—, también en los delitos de mera actividad puede suceder que no fuera previsible *ex ante* que la práctica de unos actos corporales determinados iban a suponer la realización de la conducta típica.

63 *Ejemplo*: El delito de albanamiento de morada se comete por la entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador (art. 202, I, primer inciso, CP); supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada.

64 Si en los delitos de resultado la efectiva causación de éste no basta si no era previsible, sería incoherente admitir que en los delitos de mera actividad baste la efectiva realización material de la conducta cuando no fuera previsible que los actos penicados *resultaran* constituir tal conducta. Lo que ocurre es que, ciertamente, serán mucho más raros los actos en que esto suceda, al coincidir espacio-temporalmente los actos corporales y la conducta típica que constituyen. Por de pronto, ello supone que no es preciso comprobar el primer elemento de la imputación objetiva en los delitos de resultado: la relación de causalidad. Por otra parte, la realización material de la conducta conllevará generalmente los otros dos elementos de la imputación objetiva: la relación de riesgo y la relación de autoría.

65 En los delitos de comisión por omisión deberían tenerse en cuenta las siguientes particularidades. Por una parte, la imputación objetiva no requiere una propia *causación* del resultado, sino sólo, como primer elemento, que de haber actuado el sujeto hubiera impedido el resultado. Por otra parte, la posición de garante en que debe encontrarse el sujeto ha de verse como uno de los requisitos de la imputación objetiva del resultado al sujeto omiteente (ver Lecc. 12).

II. La parte subjetiva del tipo doloso

1. El dolo y sus clases

BIBLIOGRAFÍA

Alfonzillo, Dolo eventual e colpa con previsione, *Riv. ital. dir. pen.*, 1957, pp. 159 ss.; Ambrosini, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, 1966; *Bacigalupo*, Comentario al art. 14 CP, en *Conde-Pumpido (dir.)*, *Código penal*, I, 1997, pp. 480 ss.; *Baldó*, Sobre las desviaciones causales: consumación anticipada y dolo genérico, ADPCP 1995, pp. 579 ss.; *Bastros*, Política criminal y dolo eventual, *RJCat* 1984, pp. 509 ss. (= el mismo, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 253 ss.); Corcoy, En el límite entre dolo e imprudencia, ADPCP 1985, pp. 961 ss.; *Coviloba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962; *Cruz*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, NPE, 1975, pp. 149 ss.; *Díaz Pardo*, Dolo penal, en NEJ; *Díaz Pita*, El dolo eventual, 1994; *Díaz Ripollés*, Naturaleza de las circunstancias..., ADPCP 1977; *Dopschiff*, Pleidoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, pp. 1 ss.; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1950; *W. Fißel*, Vorsatz und Risiko, 1985; *el mismo*, Vorsatz und Mitdes-vorwissen

52. De acuerdo Torro, ADPCP 1986, p. 45; el mismo, *Fin de protección*, p. 384. También Luzón, *Curso*, p. 387.

— Estructuras des Vorsetzes; en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 311 ss.; *el mismo*, Offene Fragen des dolus eventualis NSZ, 1991, pp. 23 ss; *Ginhart*, Accesa del dolo eventual, en *el mismo*, Estudios de Derecho penal, 3^a ed., 1990, pp. 240 ss. (= NRP 1972, pp. 352 ss.); *el mismo*, ADPCP 1990, pp. 421 ss.; *Hassner*, Kennzeichen des Vorsetzes, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 289 ss. (trad. española en ADPCP, pp. 909 ss.); *Herzog*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jus 1986, pp. 249 ss.; *Hillemann*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei bewußtem Tatbestand, 1971; *el mismo*, Dolus eventualis und Vermeidewille, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 351 ss.; v. *Hippel*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, en Birkmeyer y otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, III, pp. 373 ss.; *Hruszika*, Rückkehr zum dolus subsequens, 12 1973, pp. 278 ss.; *el mismo*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsetzes, en Festschrift für Kleinkehl, 1985, pp. 191 ss.; *Jaschek*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsetzes im Verbrechenbegriff, en Festschrift für E. Wolf, 1962, pp. 473 ss.; *Jimenez de Asúa*, La faute consciente et le «dolus eventualis», Rev. droit pén. et crimin., 1960, pp. 603 ss.; *Jordan*, Der auf Verwirklichung zwei Tatbeständen gerichteten Vorsatz, ZStW 95 (1983), pp. 563 ss.; *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungslehre, 1993; *Armin Kaufmann*, Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (1958), pp. 64 ss.; (= trad. de Suárez Montes, ADPCP 1960, pp. 185 ss.); *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung in der Latensphäre, 1982; *Kardhäuser*, Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984); *el mismo*, Voraussetzungen und normative Tatbestandsmerkmale, Jus 1984; *Köhler*, M., Vorsatzbegriff und Bewußtsein des Vorsetzes, GA 1981, pp. 285 ss.; *Krümpelmann*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), pp. 888 ss.; *Krüger*, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), pp. 758 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Risiko..., GA 1987, pp. 479 ss.; *Leitzin*, *Recht*, Kommentar a la STS, 28 mayo 86, RJDur 1986, p. 521; *Morckel*, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NSZ 1981, pp. 177 ss.; *Philipp*, Dolus eventualis als Problem der Unterscheidung unter Risiko, ZStW 85 (1973), pp. 27 ss.; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsetzes, 1964; A. Ross, Über den Vorsatz, 1979; *Preyer*, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 105 (1991), pp. 1 ss.; *van Marum*, Problems und Zurechnung, 1992; *Rechtsgeschichte*, Dolus de peligro, dolo eventual, 1994; *Amann*, Problems und Verantwortlichkeit por comercialización de productos adulterados: algunos observaciones sobre el caso de la colza, en *Mitzlitz*, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, pp. 265 ss.; *Rovin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jus 1964, pp. 55 ss. (= *el mismo*, Strafrechtliche Grundprobleme, 1975, pp. 209 ss.); *Sarrizáiz*, Teoría del delito y divisible de acción, Buenos Aires, 1991; *Schäfer*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Rechtsbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *el mismo*, «Subjektiver Tatbestand» und Bestätigung der Zurechnungsfähigkeit, en Festschrift für Lange, 1976, pp. 687 ss.; *Schmidhäuser*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechsbewußtseins, en Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 317 ss.; *de Amiano*, Vorsatzbegriff und Begriffslautsprechend im Strafrecht, 1968; *el mismo*, Der Begriff des bedingten Vorsetzes..., GA 1958, pp. 161 ss.; *el mismo*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, Jus 1980, pp. 241 ss.; *el mismo*, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagsgebrauch, en Festschrift für Oehler, 1985, pp. 153 ss.; *Schmoller*, Das voluntative Vorsatzelement, ÖZ 1982, pp. 259 ss., 281 ss.; *Schneider*, Über die Behandlung des alternativen Vorsetzes, GA 1956, pp. 257 ss.; *Schneider*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, en Festschrift für W. Sauer, 1949, pp. 207 ss.; *Sitar*, Observaciones sobre el concepto eventual de la intencionalidad, ADPCP 1987, pp. 647 ss.; *Spenkel*, Zum Begriff des Vorsetzes, en Festschrift für Juckner, 1987, pp. 167 ss.; *Stratzenwerth*, Dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), pp. 41 ss.; *Wald*, Dolus ex re ante, en Festschrift für Arth. Kaufmann, 1993, pp. 611 ss.; *Warda*, Vorsatz und Schuldbeitragewisser Tätervorstellung..., en Festschrift für R. Lange, 1976, pp. 119 ss.; *Wagand*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, SZW 93 (1981), pp. 657 ss.; A. E. Wolff, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verkennung, en Festschrift für W. Gallas, 1975, pp. 197 ss.; *Zugaldía*, La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual, ADPCP 1986, pp. 595 ss.

(Ver también la bibliografía de la Lección 21).

A) Concepto

a) Según la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*.⁵³ 66
 Contaría como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho).

b) En la actualidad, gracias al finalismo, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como «*dolo natural*». Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto,⁵⁴ y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad).⁵⁵

Ejemplo: Según la teoría tradicional, el que revela a conciencia los secretos ajenos que ha sabido por razón de su oficio o sus relaciones laborales (art. 199 CP), pero desconociendo que ello constituía un hecho prohibido, no actúa dolosamente, porque le falta la conciencia de la antijuridicidad. En cambio, si se concibe el dolo como «dolo natural», dicho sujeto actuará dolosamente, porque conocía correctamente la situación prevista en el tipo del art. 199 CP... sabía que divulgaba los secretos a que se refiere..., y no es preciso que además supiera que esta situación es antijurídica.

c) A nuestro juicio, el dolo completo exige la «conciencia de la antijuridicidad», pero es conveniente distinguir tres grados o niveles de dolo: el dolo típico, que sólo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación, y el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*). Al estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de dolo típico, que se corresponde al concepto de dolo natural usado por el finalismo. En este contexto, y por razones de brevedad, en principio utilizaremos el término dolo en el sentido de dolo típico. Cuando nos ocupemos de las causas de justificación veremos que entonces el dolo exige el segundo nivel de dolo correspondiente. Finalmente, el dolo completo será necesario para la imputación personal de la antijuridicidad penal.

Contra lo que opina el finalismo ortodoxo, el dolo típico no agota el *dolo natural*, que también comprende el dolo referido a la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación. Fijo se desprende de la observación, que ha propiciado la teoría de los elementos negativos del tipo, de que tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del supuesto de hecho que constituye la situación objeto

53. Así, en España, Rodríguez Deyves, PG, pp. 440 ss.; Cobo/Vives, PG, p. 535. Sin embargo, estos autores ya no contraponen conocimiento de los hechos y conocimiento del Derecho, sino, en terminología actual, el conocimiento del tipo y el de la prohibición (cfr. infra, III, 2). A favor también de incluir la conciencia de la ilicitud en el dolo SSTS 20 abr. 1983, 11 mar. 96. Sobre la distinción de los conceptos de dolus malus y dolo natural STS 13 jun. 87.

54. Cfr. Weizel, Ib. p. 64 (=trad. pp. 94 s.).

55. Cfr. Weizel, Ib. p. 77 (=trad. p. 115).

de la prohibición,⁷⁶ y todos ellos deben distinguirse de esta prohibición en sí misma. De ahí que ninguno de ellos pueda considerarse como mero objeto del «conocimiento de la prohibición» (o de la antijudicialidad), sino que todos deben constituir objeto del dolo natural como conocimiento de la situación requerida para la prohibición.

71 Por otra parte, el dolo constituye una característica de la conducta prohibible en el delito doloso, por lo que **sólo es necesario que se refiera a la parte externa de la conducta**. Si el tipo se concibe, como en esta obra, como tipo penal, que contiene no sólo la descripción de la conducta prohibible, sino también otros elementos que condicionan la relevancia penal del hecho (como el resultado típico *ex post* y las «condiciones objetivas de punibilidad»), no será necesario que el dolo típico se extienda a estos otros elementos ajenos a la conducta en sentido estricto.

72 Ya se indicó en su lugar que las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen objeto del dolo (Leción 6, V 7). Cuando estudiamos el **dolo eventual** veremos que el mismo no precisa extenderse al resultado (*infra*, C c).

75 a) Desde antiguo se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad (*teoría de la voluntad*) o sólo conocimiento (*teoría de la representación*).⁷⁷ La doctrina dominante se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento.⁷⁸ Es evidente que el hecho doloso presupone un comportamiento humano que, en cuanto tal, requiere «voluntariedad». Asimismo es obvio que dicha voluntariedad no es suficiente para el dolo, como lo prueba el hecho de que también la imprudencia presupone un comportamiento humano voluntario. Pero la cuestión es si para el dolo basta o no añadir a dicha voluntariedad general el conocimiento de la situación típica. Las teorías de la voluntad suelen dar una respuesta negativa a esa cuestión, y ello tiene consecuencias a la hora de delimitar el dolo de la imprudencia (más concretamente, el dolo eventual de la culpa consiguiente): conduce a exigir para el dolo una actitud interna de aprobación, consentimiento o, al menos, aceptación del hecho (*vid. infra*, C c). Las teorías del conocimiento (o de la representación) niegan la necesidad de añadir ninguna actitud interna como éstas. A mi juicio, quien realiza un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya, sin más, con la voluntad consiguiente que caracteriza al dolo. Quien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se «quiere» (al menos en el sentido de que se *acepta*). Ello puede interpretarse en el sentido de que la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino sólo del comportamiento humano,⁷⁹ pero me parece preferible —y más conforme

76. A efectos terminológicos conviene recordar que, pese a ello, utilizamos el término «tipo» en el sentido clásico de tipo positivo y lo distinguimos del «supuesto de hecho» como hecho prohibido que requiere la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación (cf. supra, Lección 6, IV, 1. B). De ahí la contraposición que proponemos entre «tipo doloso» y «supuesto de hecho doloso». Distingue ahora también, en un sentido paralelo, entre «dolo típico» (*Tatbestandswort*) y «dolo del injusto» (*Unrechtswort*) Roxin, AT, § 14, 68.

77. Cf. el estado de la cuestión a principios del siglo XX en von Liszt, Tratado, II, p. 419 (partidario de la teoría de la representación).

78. Cf. Silva, Aproximación, pp. 401 s., próximo sobre todo a la concepción intelectualista de Fritsch. 59. Así Silva, Aproximación, pp. 401 s.

con la tradición— entender que el dolo es la *voluntad consiente* resultante, sin más, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano, y que dicho dolo implica «quiere» en el sentido, por lo menos, de aceptar. Aunque sólo se añada a la voluntariedad general del comportamiento el conocimiento de que se realiza el tipo, este objeto de conocimiento se convierte también en objeto de la voluntad. Lo que se quiere en el delito doloso es, pues, distinto a lo que se quiere en el delito imprudente. La adición del conocimiento afecta, pues, al contenido de lo querido, esto es, de la voluntad.

B) *Precisión de su contenido*

El objeto del dolo típico se integra de **elementos descriptivos y normativos**. 74 Ambos pueden a su vez constituir **elementos esenciales y accidentales**.

a) Los elementos que integran la situación típica pueden hallarse representados por **elementos descriptivos** o por **elementos normativos**. La distinción de ambas clases de elementos no corresponde a este lugar, porque ya se hizo al contemplar la «formulación del tipo» (Leción 9). Ahora importa subrayar que **el conocimiento de los elementos normativos presenta dificultades mayores que el de los elementos descriptivos**. Mientras que, p. ej., generalmente es sencillo decidir en qué consiste saber que se mata a otro, no lo es tanto determinar con precisión cuándo se conoce que un acto es de «exhibición obscena» (art 185 CP). La comprensión de un elemento normativo como el de «exhibición obscena» *variará* según las apreciaciones de cada grupo social e, incluso, de cada individuo. El hombre medio tendrá sólo una imagen *aproximada* de lo que es obsceno, y desde luego dotada de menor precisión que la del sociólogo. ¿Que *grato* de conocimiento será exigible para el dolo?

La doctrina dominante da respuesta a esta cuestión con ayuda de una fórmula ideada por Mezger: es necesaria y suficiente la «**valoración paralela en la esfera del profano**». Significa que: 1) basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del *profano*, es decir, del no especialista; 2) debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor.⁸⁰

No es preciso, pues, que el sujeto efectúe una *calificación jurídica* correcta de 76 los hechos, si no es necesaria para su comprensión al nivel social a que pertenece. De ahí se derivaría que el **error de subsunción**, es decir, el error en la calificación

80. Escribe Mezger, Tratado, II, pp. 122 s., que es necesaria «una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor que inunde en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial». La fórmula de Mezger encuentra un precedente en Binding, Normen, III, p. 146, 148. En el mismo sentido Jescheck, Tratado, p. 400; Maurach, Tratado, I, p. 327. Considera, en cambio, innecesaria la distinción de elementos descriptivos y normativos en orden al error Dopstall, GA 1987, pp. 2, 4 s., 19, 24.

jurídica que no impide la comprensión en aquel nivel social, no excluiría el dolo. Ello no obsta a que dicho error pueda dar lugar a un error de prohibición.⁶¹

78 Ahora bien, la calificación jurídica será necesaria para el dolo típico si condiciona la comprensión en la esfera del profano. Así, p. ej., es necesario para el hurto saber que la cosa que se toma es jurídicamente «ajena»; el que cree que toma una cosa que jurídicamente le pertenece por creer erróneamente que el Derecho le atribuye la propiedad sobre la misma, no sólo yerra sobre la calificación jurídica de la cosa, sino que tal error le impide la valoración paralela en la esfera del profano que requiere el dolo.⁶²

79 b) Sean descriptivos o normativos, los elementos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser **esenciales o accidentales**. Utilizo esta distinción no en el sentido de que los elementos accidentales no deban ser necesariamente abarcados por el dolo, sino para expresar la diferencia que existe entre aquellos elementos y aquellos otros cuales depende la presencia del delito de que se trate (esenciales) y aquellos otros cuya concurrencia determina sólo la agravación o la atenuación del delito base, por lo que su ausencia no lleva consigo la de éste (accidentales). Los elementos accidentales pueden hallarse previstos de forma específica para el tipo de que se trate, o bien en forma genérica, como «circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal» («atenuantes» o «agravantes» arts. 21, 22 y 25 CP). A los primeros los llamaremos «**elementos típicos accidentales**», en contraposición a las «**circunstancias atenuantes o agravantes**» (cfr. Lección 25).

80 *Ejemplo:* En el delito de aborto causado por tercero (art. 144 CP) la muerte del feto es elemento esencial, mientras que la utilización de violencia, intimidación, amenaza o engaño sobre la mujer alude a elementos accidentales, cuya concurrencia agrava la pena, pero que no son necesarios para la presencia del delito de aborto.

81 Pues bien, como es lógico, para que corresponda la penalidad señalada a los tipos agravados (cualificados) o atenuados (privilegiados), será preciso en principio que los elementos accidentales de que se trate sean también abarcados por el dolo (*arg. ex art.* 10 y 65 CP por analogía). Pero, puesto que el error sobre los mismos no hace desaparecer la voluntad de realizar el delito básico, no podrá ser tratado según las reglas generales, que remiten a la imprudencia cuando ésta es punible, si el error es veniable, o a la impunidad cuando es inveniable. Las peculiaridades del tratamiento que corresponde al error sobre elementos accidentales deberán examinarse al considerar el tema del tratamiento jurídico positivo del error.

61. Cfr. en este sentido: Jeschek, Tratado, pp. 400, 421; Stratenwerth, AT, 8/72; Sosténia, en cambio, que el error de subsunción excluye el dolo von Liszt II, pp. 415, 417 s.

62. Concreto, pues, con Díaz y García y Luján, Curso, p. 450.

C) Clases

Tres son las clases más importantes de dolo: a) **dolo directo de primer grado** 82 (o «intención» en sentido estricto); b) **dolo directo de segundo grado**; c) **dolo eventual**.

a) En el **dolo directo de primer grado** el autor *persigue* la realización del delito. 85 Por eso se designa también esta clase de dolo como «intención». En cambio, es indiferente en él: 1) que el autor sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir el delito; 2) que ello sea el único fin que mueve su actuación: el delito puede «perseguirse» sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.⁶³

b) En el **dolo directo de segundo grado** el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como *seguro* (o *casi seguro*)⁶⁴ que su actuación dará lugar al delito. Aquí el autor no llega a «perseguir» la comisión del delito, sino que ésta se le representa como consecuencia (e.e. necesaria). Pero no bastaría un «saber» no actualizado en la conciencia del sujeto: no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consciente el sujeto al actuar.⁶⁵

85 *Ejemplo:* En el famoso caso Thomas, sucedido en 1875, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. Aunque no tenía ningún interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo.

86 ¿Deben incluirse también en el dolo directo de segundo grado las consecuencias necesarias-mente unidas a la consecución de una meta que se persigue pero que no es segura, si se alcanza dicha meta y con ella sus consecuencias necesarias?⁶⁶ Aunque aquí las consecuencias no son seguras, puesto que dependen de una meta incierta, como el autor persigue esta meta a conciencia de que conlleva aquellas consecuencias, éstas han de considerarse sin duda abarcadas por la voluntad. Sin embargo, no puede decirse ni que el sujeto las persiga (dolo de primer grado) ni que sepa seguro o prácticamente seguro que van a tener lugar (dolo directo de segundo grado). Se trata, en puridad, de un caso de dolo eventual.

87 c) Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia *inevitable*, en el **dolo eventual** (o dolo condicionado) se le aparece como resultado *posible* (eventual). En esto hay acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se separan profusamente a la hora de precisar este punto de partida, de modo que sea posible distinguir el dolo eventual de la **culpa consiente** (modalidad

63. Cfr. Jeschek, Tratado, p. 402; Stratenwerth, AT, 8/102 ss.

64. Cfr. Welzel, Lb. p. 67 (=trad. p. 99); Jeschek, Tratado, p. 404.

65. Cfr. Welzel, Lb. p. 65 (=trad. p. 96); Stratenwerth, AT, 8/107.

66. En sentido afirmativo Welzel, Lb. p. 68 (=trad. p. 100); Stratenwerth, AT, 8/108.

de imprudencia). Como se verá al estudiar el tipo imprudente, esta clase de culpa supone también que el autor se representa el delito como posible. Nótese, pues, que el dolo eventual y la culpa consciente parten de una *estructura común* que hace difícilosa su neta diferenciación: A) en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado; B) en ambos reconoce el autor la posibilidad de que produzca el resultado.

88 Sin embargo, como forma de dolo, el dolo eventual lleva aparejada la **penalidad** correspondiente al delito doloso, en tanto que la culpa consciente, por ser modalidad de imprudencia, determina únicamente las penas señaladas al delito imprudente, siempre más leves, o la impunidad cuando la imprudencia no es punible —lo que constituye la regla general en el actual CP. Es lógico, pues, que la doctrina se haya esforzado en distinguir dos conceptos tan próximos y, no obstante, de tan distintas consecuencias jurídico-positivas.

89 Entre las numerosas teorías que a tal fin se han formulado, dos posiciones destacan por su importancia. A ellas cabe reconducir la mayor parte de formulaciones. Son la teoría del consentimiento (o de la aprobación) y la de la probabilidad (o de la representación).⁶⁷

90 a) Para la **teoría del consentimiento, o de la aprobación**, lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor *consiente* en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo *aprueba*.⁶⁸ Suele expresarse esta idea acudiendo a un juicio hipotético: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual. Por el contrario, hay culpa consciente si el autor sólo lleva a cabo su actividad abstrayéndose a la posibilidad de que no se produzca el delito, y diciéndose: «si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría insegura de actuar».⁶⁹

91 Esta teoría ha conseguido numerosos adeptos⁷⁰ porque parece destacar como elemento diferencial de dolo e imprudencia un elemento equivalente a la «voluntad», la cual, junto al «conocimiento», se considera esencia del dolo. Mas el «consentir» en la posibilidad del resultado aprobándolo, supone algo más que el «querer» el resultado. Para «querer» no es preciso

67. Para una exposición de estas teorías cfr.: Gimbernat, Estudios, pp. 244 ss.; Corcoy, ADPCP 1985, pp. 966 ss. Cfr. también STS 21 en. 97.

68. Cfr. (en contra) Roxin, Grundrissprobleme, p. 211.

69. Cfr. por ejemplo: Maurach, Tratado, I, p. 5117; Jeschke, Tratado, pp. 407 s. La fórmula hipotética referida procede de Frank, StGB (1931), § 59 V.

70. En España constituye la doctrina dominante. Cfr., por ejemplo, Arón Omeza, FG, p. 202; Córdoba Roda, Comentarios I, p. 20; Jiménez de Asúa, Tratado, V, pp. 586 y 618; Cuervo Calón, FG, I, pp. 444 s.; Quintano Ripollés, Curso, pp. 281 s.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 509. También la jurisprudencia dominante: así STS 20 abr. 77, 19 dic. 78, 18 mar. 80, 4 jul. 80, 16 nov. 87, 9 jun. 89, 27 oct. 93. Debe notarse, sin embargo, que el TS no aplica generalmente dolo eventual en materias socialmente adecuadas (tráfico, construcción) y sí, en cambio, en actividades ilícitas: así Corcoy, Estudios, pp. 145 ss.; Lázaro, Curso, p. 420, 426 s., propone una versión objetivizada de la teoría del consentimiento.

«aprobar».⁷¹ En el uso del lenguaje también «quiere» quien «acepta», aunque sea a disgusto, como forma de «conformarse» o «resignarse». La «aprobación» que exige la teoría del consentimiento viene, pues, a distinguir el dolo eventual de la culpa consciente en base no a un momento estrictamente volitivo, sino a una *actitud interna* del autor que exige más que la voluntad.⁷² Tal consecuencia resulta inadmisibles en un Derecho penal no autoritario que no crea hecho castigar la esfera íntima del autor, sino sólo sus actos externos.

92 Por otra parte, la teoría del consentimiento lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía intencionalmente al resultado. Y al contrario, obliga a estimar sólo culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas, con tal de que el autor, pese a ser consciente de su gran peligrosidad, deseara que no produjese el resultado. Estas consecuencias resultan contradictorias con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal.

93 Finalmente, tampoco es admisible la fórmula hipotética según la cual el dolo dependería de si, de haber sabido seguro el sujeto que el delito se produciría, hubiese desistido o no de su conducta. De darse esta seguridad, la situación sería del todo distinta, por lo que es incorrecto compararla con las de inseguridad típica en que se cuestiona el dolo eventual. Es perfectamente imaginable que, ante la duda de si se producirá un delito que no desea u otro resultado interesante, el sujeto esté dispuesto a probar suerte *animus acceptando* sin reservas que pueda producirse el delito, y que en cambio no tuviese para él ninguna utilidad la acción si no pudiese con ella obtener en ningún caso el resultado no delictivo que persigue (casos en que el resultado perseguido y el eventual delito se excluyen mutuamente).⁷³

94 *Ejemplo:* Alguien apuesta con otro a que logrará alcanzar con un disparo un vaso que tiene una nuechacha en la mano; el tiro causa la muerte de la chica (caso de Laomann).⁷⁴ Aunque el sujeto aceptara claramente la posibilidad de errar el disparo, es indudable que no lo deseaba y que, de haber sabido seguro que se hubiese producido, hubiera perdido todo sentido la apuesta y no habría disparado.

95 b) A estas críticas no queda sujeta la **teoría de la probabilidad, o de la representación**.⁷⁵ Para ella, lo único decisivo es el *grado de probabilidad* del resultado advertido por el autor. Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar

71. Así Wälzel, I, p. 69.

72. Así Gimbernat, Estudios, p. 253.

73. Ch. Jeschke, Tratado, p. 408; Stratenwerth, AT, 87/116; Cobo/Vives, IG, pp. 565 s.

74. ZSNV 51 (1911), p. 159.

75. En España la defiende Gimbernat, Estudios, pp. 192 ss., que ve acogida dicha teoría en la STS 2 dic. 67, objeto de su comentario. En su introducción, p. 46, cita además en el mismo sentido las SSTs 28 jun. 71 y 28 oct. 71. Más recientemente, el mismo, ADPCP 1990, pp. 421 ss., 428 ss., afirmando que, aunque la jurisprudencia se declare partidaria de la teoría del consentimiento, «en realidad y de hecho» aplica la teoría de la probabilidad. Comenta en este sentido la STS 28 nov. 86 y la de «l'hipercor» de la Audiencia Nacional de 14 oct. 89. Concide y acrege la t. de la probabilidad la STS 25 abr. 92 sobre el síndrome tóxico. En esta línea también STS 20 abr. 94, 24 en. 2001, 14 en. 2002. Según las SSTs 20 feb. 93 y 20 dic. 96, con la «Sentencia de la colza» «no se rompe del todo con la teoría del consentimiento», si no que sólo se alteran sus exigencias, «al dolo por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción». Ver también STS 10 feb. 98.

exactamente el grado de probabilidad que separa a dolo y culpa, existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consistente cuando la posibilidad de este reconocida por el autor era muy lejana. No importa la actitud interna del autor —de aprobación, desaprobación o indiferencia— frente al hipotético resultado, sino el haber *querido* actuar pese a *conocer* el peligro inherente a la acción.

96 Pero tampoco esta teoría está exenta de dificultades. En especial, puede reprochársele que le resulta difícil decidir si concurre dolo eventual o culpa consistente en los casos límite, es decir: cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña. Es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20%, o el 30%, ponga por caso— como frontera de dolo y culpa consistente.⁷⁶

97 Por otra parte, se objeta que para afirmar la presencia de dolo no basta con el «conocimiento» de la peligrosidad de una acción, sino que es preciso probar la concurrencia de una verdadera «voluntad». ⁷⁷ Aquel conocimiento concurriría también en la culpa consistente.

98 cc) Ante las dificultades expresadas, un sector de la *doctrina alemana actual* se inclina hacia una postura, en parte ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntario. Se exige así, por una parte, que el sujeto «*tone en serio*» la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo «*se conforme*» con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto. ⁷⁸ Tomar en serio la posibilidad del delito equivaldría a «no descartar» que se pueda producir: a «contar con» la posibilidad del delito. ⁷⁹ Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, «resignarse» a ella, cualquiera sea como consecuencia eventual desagradable cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción: significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de «aceptar» y, por tanto, de «querer». No concurrirá y por tanto existirá sólo culpa consistente... cuando el sujeto actúa «confiando» en que el delito no se produzca.

99 Mi opinión es la siguiente:

100 1º) El dolo exige conocimiento de la *concreta* capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir el sujeto —como pretende la teoría de la probabilidad—, cuanto de preguntar si el sujeto

76. Cfr. Roxin, Grundlagenprobleme, p. 220; Jeschek, Trarado, p. 407.

77. Así, en España, Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 144; Cobo/Vives, PG, pp. 564-566.

78. Cfr. en este sentido Jeschek, pp. 404 ss., con diferentes referencias bibliográficas. Ver SS STS 20 Feb. 95 y 25 mar. 96, 26 en. 2000.

79. La fórmula del «contar con» es de Weizel, lb., pp. 68 ss. Pero a este autor le parece suficiente —sin necesidad de añadir el «conformarse con»— para el dolo eventual. Del mismo modo, Stratenwerth, a quien principalmente se debe la fórmula del «tomar en serio», considera que ésta basta por sí sola (cfr. ZStW 71 [1959], p. 58). Así, STS 22 en. 97.

que advierte la posibilidad del delito cree que *en su caso* puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad *estadística*, sino el *pronóstico concreto* de lo que puede ocurrir en el caso particular. ⁸⁰ Es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va a dar lugar al delito. Tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba (p. ej., en la posibilidad de control del peligro que tiene el sujeto u otra persona), pero también en motivos irracionales, como la superstición, aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen. ⁸¹ Esta posibilidad de coexistencia de la conciencia del peligro estadístico y, a la vez, de la creencia de que no va a realizarse, es lo que permite la existencia de la culpa consistente. ⁸²

2º) Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero «querer» como «aceptar». También es acertado señalar que para ese aceptar basta el «*conformarse con*», que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre *necesariamente* siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) ⁸³ la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. ⁸⁴ Quien «toma en serio» la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa. La aceptación va implícita en el actuar voluntariamente *sin descartar* la probabilidad del delito, del mismo modo que querer la conducta a conciencia de la probabilidad rayana en la seguridad de que produzca el resultado típico implica la aceptación en el dolo directo de segundo grado. ⁸⁵

3º) La aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria, como se ha dicho, para el dolo eventual, pero sólo a condición de que —como me parece correcto — **no se exija la aceptación del resultado delictivo, sino sólo de la conducta capaz de producirlo.** ⁸⁶ El dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa *ex ante*, que no incluye el resultado. Para que la conducta pueda ser desvalorada intersubjetivamente y sea prohibible al hombre medio

102

80. En la práctica, para considerar que el sujeto no descarta la probabilidad del resultado bastará generalmente la prueba de que en conciencia de su gran probabilidad, así, la STS 3 mayo 82, que tiene un puente entre la teoría del consentimiento y la de la probabilidad. Sin embargo, es cierto que la conciencia de la probabilidad no impide que el sujeto deseara que en su caso vaya a producirse el resultado, como señala Ezarón Peña. Comentario a la STS 28 mayo 86, RD/Cfr 1986, y como se indica en el texto y en la nota 67.

81. Exige, en cambio, en todo caso, que el peligro se halle objetivamente controlado (*objektive Gefahren*) Herzberg, Jus 1986, p. 254. En contra también de admitir el dolo sobre la base de una convicción irracional: Coreo, ADPCP 1985, p. 973; Silva, ADPCP 1987, p. 652; Rodríguez Morán, Delitos de peligro, p. 62; Luzón, Curso, pp. 426 s.

82. Cfr. Roxin, Grundlagenprobleme, pp. 229 s.; Kinallhanser, ZStW, 96 (1984), p. 27, que destaca que la culpa consistente supone siempre una «inconcurrencia»: pese a que el sujeto advierte que puede producir el delito, cree que no será así, lo que supone un error de cálculo. Afirma también la existencia de un error (p. ej., el sujeto cree que puede evitar el resultado lesivo) en la culpa consistente como elemento diferencial respecto del dolo eventual Coreo, ADPCP 1985, pp. 970 s., y Delito imprudente, pp. 282 ss.

83. Utiliza la expresión «decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico» Roxin, AT § 12/73. También Hassener, ADPCP 1990, pp. 916.

84. Así, la STS 11 sep. 96 afirma que disparar un arma conociendo una alta probabilidad de que lesione a una persona «implica la aceptación de aquel riesgo». También STS 27 jun. 97, 19 oct. 2001.

85. Cfr. Luzón, Curso, pp. 420, 426, aunque considera que no excluye la aceptación una convicción irracional en la no producción del hecho.

86. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 76 s. En el mismo sentido Wolfgang, Fritsch, Vorschz., pp. 57 s., 407 ss.

como conducta dolosa, basta que el dolo se extienda a ella y, en particular, a su peligrosidad. Cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible «confiar en» que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación. Concorre dolo eventual. La dogmática tradicional, centrada en la causación del resultado, tropezará, en cambio, con la dificultad de que querer — aceptar — la acción reconocida como concretamente peligrosa no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir. Ello confirmaría que basta para el dolo querer la conducta prohibida, sin que sea preciso aceptar, además, el resultado. Piénsese en quien, pese a considerar muy probable el resultado y no creer posible confiar en que no se produzca, actúa en la esperanza de que no tenga lugar y hace votos por que no sea así. Ese sujeto acepta el riesgo y no le detiene la posibilidad de que se produzca el resultado, pero desca lentamente que no tenga lugar; sin duda debe afirmarse la presencia de dolo eventual y, sin embargo, es difícil decir que se «quiera» el resultado.

Ejemplo: El terrorista que cumpliendo órdenes se aviene a colocar una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que se encuentre un amigo suyo, lo hace con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se halla presente en el lugar de la explosión, pero desea con todas sus fuerzas que no sea así. Si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. No cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista «quiera» el resultado.

2. Ausencia de dolo típico: error de tipo

BIBLIOGRAFÍA

Baldó, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *el mismo*, Sobre las desviaciones causales: consumación anticipada y otros generis. ADPCP 1993, pp. 339 ss.; *Bergoglio*, Tipo y error, 1975; *el mismo*, La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto CP 1980, en La Ley, 16 en, 1981; *el mismo*, El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición, en Caba (dir.), Comentarios a la legislación penal, V, v. 1^ª, 1985, pp. 53 ss.; *Bachmann*, Die Rechtsfolgen der Nebenhandeln, Jus 1971, pp. 113 ss.; *el mismo*, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, Jus 1972, pp. 196, 1973, pp. 30 ss., y 1974, pp. 40 ss.; *Bonnamy*, Die Objektverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Ansitfer, en Festschrift f. Streu/Wessels, 1993, pp. 397 ss.; *Bertrigo*, Casos especiales de error de tipo, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, pp. 237 ss.; *Bosch*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotirrtum, en Festschrift für E. Mezger, 1934, pp. 163 ss.; *Córdoba*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del dolo, 1962; *Darnstädt*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Jus 1978; *Díaz y García*, Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error, en A.A.V.V., Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casado, 1997, pp. 657 ss.; *Díaz Ripollés*, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 CP español, ADPCP 1977; *Díaz Ripollés/Vicacia Martín*, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993; *Drenth*, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, pp. 23 ss.; *Perrándiz Carrasquilla*, Delito y error, Bogotá, 1990; *Ferrer Sainza*, El error en Derecho penal, 1941; *el mismo*, Error, en NEJ VIII (1939), pp. 647 ss.; *García Vitoria*, Tratamiento del error en el CP español, en Estudios penales y criminológicos, XI, 1989, pp. 149 ss.; *Frankel*, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe, Jus 1980, pp. 172 ss.; *Geppert*, Zum «error in persona vel obiecto» und zur «aberratio iactis»..., Jura 1992, pp. 163 ss.; *Gössel*, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht,