

La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código penal español

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Profesor Doctor de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

El Código penal español, desde la reforma de 25 de junio de 1983, únicamente reconoce dos clases de imputación subjetiva, el dolo y la culpa (art. 1, párrafo primero, y párrafo segundo, primer inciso) (1); es decir, los delitos se cometen dolosa o culposamente, quedando impune la causación fortuita de los hechos que en apariencia presentaban caracteres delictivos [art. 6 bis b)] (2), inicialmente revelados a través de resultados (materiales o de peligro). Pero esos resultados relevantes para el dolo o la culpa no siempre representan una parte esencial del hecho que se describe en una figura delictiva de la Parte Especial del Código en relación a la cual se pregunta *sobre el conjunto* si concurre dolo o simplemente culpa, sino que en otras ocasiones se trata de circunstancias del delito (3), categoría dogmática que goza de cierta autonomía —en nuestro Derecho se dispone un régimen jurídico propio para las generales o comunes de los arts. 9, 10 y 11 (en los arts. 58 y ss.)—, y respecto de las que también se requiere determinar la imputación dolosa o culposa de las mismas.

(1) Art. 1, párrafo 1: «Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley.

No hay pena sin dolo o culpa (...).»

(2) Art. 6 bis b): «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible.»

(3) En cuanto a su concepto jurídico, véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general II, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 1990, p. 104.

Las circunstancias que pertenecen a lo injusto (4) aparecen reguladas hoy, como desde hace tiempo, bajo el sometimiento al principio de culpabilidad [art. 6 bis a) y art. 60], lo que significa que sólo se aplican a quienes las han conocido y comprendido en su voluntad de realización. No existe base legal para estimar que las circunstancias generales de los arts. 10 y 11 que aumentan la gravedad de lo injusto puedan imputarse culposamente (5), sino tan sólo a título de

(4) Únicas con respecto a las que tiene sentido —por su ubicación sistemática— plantearse la imputación de una de ellas *dolosa o culposamente*. Sobre las mismas, véase J. CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general II, pp. 103 y ss.

(5) Según Ferrer Sama, quien considera las circunstancias agravantes comunes como tipos «accesorios», resultaría *absurdo* hablar de su apreciación en forma culposa, *El error en Derecho Penal*, Tip. Sucesores de Nogués, Murcia, 1941, p. 113 (las cursivas son añadidas). En los mismos términos se expresa González Cussac, para el que «resulta igualmente absurdo pretender aplicar como culposa cualquiera de las agravantes recogidas en el art. 10, y en su caso en el 11, cuando concorra error vencible, pues dada la regulación legal de las mismas en el sentido de exigirse en la mayoría de ellas un elemento subjetivo consistente en el especial ánimo de aprovechamiento de las ventajas que ofrece, debe concluirse que se conocen o no se conocen, o existe el elemento subjetivo o no existe, y en este último caso no se aplicará la agravación», *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1988, p. 193. Según Quintero Olivares, es inconcebible incurrir en una agravante «por imprudencia», pues eso es contrario a la razón de ser misma de tales circunstancias, G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1983, p. 49. Para Cerezo Mir «el error vencible sobre la concurrencia de una circunstancia agravante no dará lugar en ningún caso a una responsabilidad culposa», *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 349. Córdoba Roda señala que «únicamente la perpetración de un hecho acuñado en un determinado tipo —y no así, en cambio, la realización del presupuesto de una circunstancia agravante—, puede servir de base a la estimación de la imprudencia», *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 258. Y lo mismo Bustos Ramírez: «sólo los tipos pueden realizarse dolosa o culposamente, no una agravante», *Manual de Derecho Penal*. Parte General, 3.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 264 y «El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal», en *Documentación jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, vol. I, enero/diciembre 1983, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, p. 89. También Hernández Guijarro, en sus notas a la Parte General de Antón Oneca, afirma que «es técnicamente imposible la apreciación de una circunstancia por imprudencia», *Derecho Penal*, 2.ª ed., anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Akal, Madrid, 1986, p. 243, n. 15. Otras referencias similares en J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Código Penal comentado*, coordinado por J. López Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990, p. 24; M. L. MAQUEDA ABREU, «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, 1983, p. 718, n. 86.

dolo, decayendo toda responsabilidad por imprudencia. Sin embargo, *de lege lata* y de acuerdo con el sentido objetivo de la ley, es posible hallar y fundamentar una regulación en nuestro Código penal que, seguramente sin proponérselo, acaba dando respuesta a la posible necesidad de otorgar algunas consecuencias jurídicas específicas por el vencible desconocimiento de una circunstancia agravante de lo injusto, que, si jurídica y político-criminalmente fuera admisible, en teoría a lo que debería dar lugar en buena técnica es a una especie de imputación culposa de la misma cuando la realización o concurrencia material de tal circunstancia fuera objetiva y subjetivamente previsible, y a la que en consecuencia tendría que venir referido un *plus* de pena *correspondiente*. De ser aquello cierto, esa regulación a la que aludimos, que ha pasado casi totalmente desapercibida para la doctrina hasta ahora, configura una nueva manifestación de la imputación subjetiva de resultados más graves completamente inédita en nuestro Derecho, aunque todavía no bien desentrañada por completo. Nos estamos refiriendo a la nueva situación positiva que se deriva para la imputación aludida tanto en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1 (6), como de lo previsto como circunstancia atenuante en el número 4.º del art. 9 (7). Desde el punto de vista del tenor literal de estos preceptos pueden considerarse subsumidas en sus respectivas expresiones, *ulterior resultado más grave* y *mal de tanta gravedad como el que produjo*, algunas circunstancias agravantes, y concretamente aquellas que aumentan la gravedad de lo injusto por ser mayor esencialmente el desvalor del resultado, que configuran delitos agravados o cualificados, como eventualmente podrían serlo las contenidas, por ejemplo, en los arts. 376 (abandono de destino con daño a la causa pública), 396 (malversación con daño o entorpecimiento del servicio público), 481.2.º («si el encierro o detención hubieren durado más de quince días» en las detenciones ilegales), 489.2 («si a consecuencia de la entrega se pusiere en peligro la salud o la moralidad del menor» en el abandono de menores), las circunstancias agravantes del hurto incluidas en el art. 516 (salvo la de «abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima»), las que en el robo (art. 506) y la estafa (art. 529) tienen el mismo carácter, etc.

En cuanto al primero de los preceptos citados, inspirado en el § 18 del Código penal alemán, si bien cuando surgió (en la reforma de 25 de junio de 1983), en la idea de contraer en cierta medida la responsabilidad por el resultado al principio de culpabilidad, se pre-

(6) Art. 1, párrafo 2: «No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa.»

(7) Art. 9: «Son circunstancias atenuantes... 4.ª La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.»

sumía que con el mismo sólo se aludía a los llamados «delitos calificados por el resultado» o que la norma se destinaba únicamente a éstos (8), una interpretación objetiva de la ley (9) nos induce a estimar que su ámbito de aplicación puede ir más lejos y, de hecho, como veremos, así es preciso entenderlo. En efecto, objetivamente la disposición abarca no sólo aquellos casos, sino que comprende igualmente los supuestos en que un resultado más grave, que por sí no es constitutivo de otro delito, determina la apreciación de una figura delictiva cualificada (10) o agravada. Sin duda lleva razón Mir

(8) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no relaciona expresamente este artículo sólo con los delitos calificados por el resultado, pero así lo ha entendido buena parte de la doctrina. Véase, por ejemplo, J. CEREZO MIR, «Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1988-1, Madrid, pp. 1012, y 1016 y ss. y *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 31; G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 32; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, p. 82. Con relación al art. 3 del Proyecto de 1980, R. F. SUÁREZ MONTES, «La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fascs. 2.º y 3.º, p. 818, y «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1º», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. I, Edersa, Madrid, 1985, pp. 37 y 41. En cambio, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fasc. 3.º, p. 1033, no descarta que el precepto haya sido dictado para otros supuestos, además de para los delitos calificados por el resultado.

(9) La que mejor permite, como señala Cerezo, una adaptación de la ley a las nuevas circunstancias; véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, pp. 59 y 60.

(10) Si hablamos de «delitos calificados por el resultado» en contraposición a «figuras delictivas cualificadas» se debe fundamentalmente a la pretensión de no crear confusión y de delimitar claramente desde un principio a qué nos estamos refiriendo en cada momento. No obstante, hay que señalar que en la doctrina española no existe unanimidad en el empleo de tales términos para designar uno y otro fenómeno, y así para los primeros se habla tanto de delitos calificados por el resultado (por ejemplo, Cerezo Mir, Díez Ripollés, Guallart de Viala, Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, Torio López), como de delitos cualificados por el resultado (de este modo, entre otros, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Mir Puig, Cobo del Rosal, Vives Antón, Suárez Montes, Rodríguez Mourullo, Gómez Benítez, Bajo Fernández, Octavio de Toledo, Huerta Tocildo, Alonso Álamo; Bacigalupo Zapatero lo hace indistintamente de uno a otro trabajo), quizá (pudiera ser) en este último caso por influencia de la traducción de la expresión alemana «erfolgsqualifizierte Delikte». Mientras en los diccionarios oficiales y de uso del castellano «calificar» y «cualificar» se emplean prácticamente como sinónimos, en el terreno jurídico nos recuerda J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 257, n. 39, que «calificar» y «cualificar» son la forma vulgar y culta de un mismo término. Y añade que como en nuestras antiguas leyes se empleaba corrientemente la expresión delitos calificados,

Puig cuando dice que «el párrafo segundo del art. 1 CP no se limita expresamente a los “delitos cualificados por el resultado” en el sentido más estricto (...). Se refiere no sólo a éstos, sino a todos los casos en que un resultado más grave determina un tipo agravado, (...) casos de tipos agravados que requieran la producción **dolosa** de un resultado más grave» (11). Dicho resultado además puede ser de naturaleza material o de simple peligro (12), pues también en estos últimos la pena se determina finalmente por un resultado (el de peligro) que es más grave que el contemplado en el tipo básico de referencia.

En cambio, si se hubiera prescindido en el párrafo segundo del art. 1 de la expresión «al menos», que, más allá de constituir un mero giro estilístico o recurso lingüístico (13), su inclusión en la redacción del precepto permite aceptar las combinaciones de **dolo** en los delitos calificados por el resultado (14), esta interpreta-

no parece necesario adoptar la forma culta, si bien tampoco es reprobable su uso. Nosotros con este uso pretendemos sólo significar una diferencia con las figuras delictivas agravadas o, también llamadas, cualificadas, en las que el elemento de agravación o cualificación puede ser identificado, a primera vista, como una circunstancia.

(11) S. MIR PUIG, «Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, Albacete, 1989, pp. 100 y ss.

(12) Fuera de estos casos, incluso, encontramos algún autor que estima aplicable este precepto a delitos que no cumplen formalmente ni con la estructura de un delito calificado por el resultado, ni con la de una figura cualificada o agravada por un resultado más grave, como es el caso del delito del art. 348 bis a) (delito contra la seguridad en el trabajo, poniendo en peligro la vida o integridad física de los trabajadores); véase RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 16.ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, p. 1118, para quienes «el sujeto activo debe ser consciente, o debiera haberlo sido, del peligro que el incumplimiento de las normas reglamentarias entraña. El art. 1, párrafo segundo, no deja lugar a dudas, aunque no estemos ante un delito cualificado por el resultado».

(13) Como estiman G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 36.

(14) Véase, por ejemplo, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 270, n. 47, y *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, pp. 1016 y ss.; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980» (I), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, fasc. 3.º, pp. 629 y ss.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, pp. 82 y 83; M. L. MAQUEDA ABREU, «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31, 1987, p. 229; S. MIR PUIG, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, pp. 100 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 494; E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 91, n. 98.

Sin embargo, en contra del binomio aludido se han manifestado, por ejemplo, R. F. SUÁREZ MONTES, «Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, pp. 246 y ss. —compárese esto, en cambio, con el específico campo que a las combinaciones dolo-dolo atribuye este autor en el art. 1.2, *Los delitos cualificados por el resultado* y el párrafo 2.º del art. 1, p. 44—; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 108 y ss., y *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal*, Parte General, Civitas, Madrid, 1984, pp. 218 y 219; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, 16.ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, pp. 443 y 444. Una cosa es que de la interpretación objetiva de la ley se pueda extraer la consecuencia expuesta en el texto, y otra bien distinta —que justificaría la supresión de la expresión «al menos»— si la admisión de la combinación aludida no desnaturaliza el concepto o noción de los delitos calificados por el resultado; véase, a este respecto, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 634 a 636. Sobre la repercusión que esto trae consigo en la distinción entre «delitos calificados por el resultado» y «delitos determinados por el resultado», véase A. GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 18 y ss.

Muy criticada, con razón, ha sido la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Ss. de 30 de marzo de 1985 (R. A. 2052) y 3 de abril de 1985 (R. A. 2065), según las cuales en los delitos calificados por el resultado hay que incluir sólo los supuestos en que el resultado más grave se produce con dolo eventual. Véase, por todos, R. F. SUÁREZ MONTES, «Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 209 y ss., y «Los delitos cualificados por el resultado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la reforma de 1983», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, Albacete, 1989, pp. 477 y ss. A partir de las citadas sentencias, sólo hemos localizado dos posteriores en las que incidentalmente se alude a otras o a más posibles combinaciones: la de 17 de noviembre de 1986 (R. A. 6965; ponente D. Marino Barbero Santos) dice que, tras la reforma de 1983, «se exige la causación por imprudencia del evento letal», y la de 11 de noviembre de 1987 (R. A. 8498; ponente D. Eduardo Moner Muñoz) admite «dolo eventual o al menos culpa»; también implícitamente en el sentido de admitir la combinación dolo-culpa véanse las Ss. 24 de enero de 1987 (R. A. 460) y 17 de marzo de 1989 (R. A. 2688): en la primera se mantiene la calificación procedente de la Audiencia aplicando el delito calificado por el resultado a la combinación dolo-culpa, y en la segunda no se procede aplicando el delito calificado por el resultado (dolo-culpa), como cree apropiado, en lugar del concurso apreciado por la Audiencia, por constituir la prohibida *reformatio in peius*. Por el contrario, últimamente el Tribunal Supremo parece regresar de nuevo a su postura originaria, de acuerdo con el errado criterio iniciado por las sentencias primeramente citadas, el cual parece tener su continuación en las más modernas de 27 de febrero de 1992 (R. A. 1361), 23 de abril de 1992 (R. A. 6783) y 20 de febrero de 1993 (R. A. 1383). Se muestra de acuerdo básicamente con la tesis jurisprudencial, E. BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad», en *Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 51 y ss., a la sazón, ponente de la segunda de las sentencias citadas (en último lugar), y también, H. HORMAZÁ-

ción amplia de la disposición no hubiera sido posible, ya que entonces las figuras delictivas agravadas o cualificadas por un resultado más grave sólo podrían aplicarse si respecto a ese resultado hubiera concurrido culpa, pero absurdamente dejarían de apreciarse cuando aquél resultado más grave se verificase en virtud de dolo. Entonces sí que no cabría la menor duda de la limitación de aquel precepto estricta y exclusivamente a los delitos calificados por el resultado (15).

Por otra parte, una interpretación restrictiva de la expresión «ulterior resultado más grave» conduciría a la necesaria exigencia de que tuvieran lugar dos resultados (16), el segundo más grave que el primero, en virtud de lo cual podrían excluirse de la aplicación de la regla del párrafo segundo del art. 1 las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave en las que lo esencial no son dos resultados, sino uno solo, pero que es más grave que el considerado por el tipo básico como resultado de gravedad normal (en los delitos de resultado material) o simplemente aquél representa un resultado que no ha sido tomado en cuenta para la formación del tipo básico (en los delitos de peligro abstracto). Pero una exégesis de carácter restrictivo o literal de la formulación empleada por nuestro legislador

BAL MALARÉE, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, p. 1043, aunque con otra fundamentación.

(15) R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, pp. 44 y ss., considera, en cambio, que el «al menos» sirve para incluir la causación dolosa de los tipos cualificados en que el resultado más grave no está previsto en ningún otro precepto como delito, pues, en otro caso, se produciría una laguna legal. Así también M. L. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva*, p. 229. Es cierto que por el modo de configurarse algunos de los delitos calificados por el resultado pareciera ser indiferente que el resultado se le imputara al sujeto doloso o culposamente, y lo mismo podría en general predicarse también de ciertos tipos agravados por un resultado más grave. Por otra parte, no está claro aún —véase *infra*— en qué se diferencian los delitos calificados por el resultado en el que éste no constituye de por sí otro delito, de los delitos agravados por un resultado más grave. Pero el que en éstos el resultado culposo pueda imputarse en virtud del «al menos» de la regla del art. 1.2 y castigarse con la pena prevista para el delito doloso significa sólo eso, la admisión de la culpa además del dolo, y no como en los delitos calificados por el resultado en que éste no constituye por sí mismo un delito, respecto a los que, según Suárez Montes, la expresión «al menos» evita la absurda impunidad en que quedaría la causación dolosa. En cambio, creemos justamente que es la expresión «al menos» la que permite castigar la culpa de lo que de suyo se refiere —de acuerdo con el moderno entendimiento de los tipos— a la causación por dolo, si del tenor literal y naturalmente también del sentido de la ley no se desprendiera claramente otra cosa.

(16) Que pueden ser de carácter material o de simple peligro, véase, rechazándola, J. L. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 637 y ss. Contrario también a una interpretación restrictiva, R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, pp. 41 y 42.

imposibilitaría también la subsunción en ella de algunos delitos con estructura calificada o preterintencional. Así es no sólo en los casos, como veremos de discutible estructura calificada, de delitos de peligro concreto (arts. 488.5 y 489.2), sino también en alguno de los genuinos e indiscutibles delitos calificados por el resultado, como los de los arts. 348 ó 411, último párrafo, en los que el tipo básico puede no exigir un resultado siquiera de peligro, y éstos, desde luego, no pueden sustraerse a la exigencia de «al menos culpa» respecto al resultado. En este sentido es más afortunada la expresión utilizada en el Código penal alemán que, en lugar de un ulterior resultado más grave, habla de «una consecuencia especial del hecho» (eine besondere Folge der Tat).

En principio, no debería plantear mayores problemas afirmar que no son lo mismo los delitos calificados por el resultado que las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, que obedecen a concepciones sobre la naturaleza y estructura de los delitos distintas, aunque no siempre haya sido así para todos los autores (17) ni lo sea en todo caso en la doctrina alemana (18). Inclusive en la legislación española nos encontramos con casos fronterizos con am-

(17) Por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 258, quien, señalando que en el Derecho extranjero, delitos calificados por el resultado significa delitos agravados por el resultado y que éste aparece como una circunstancia agravante con relación a una figura principal, no ve inconveniente en extender aquí el nombre, pues (ejemplificando con las lesiones) el contenido es el mismo, «lo fundamental de unos y otros casos es que se prolonga la responsabilidad más allá de lo querido por el agente».

(18) Véase, a este respecto, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, p. 630, donde, por ejemplo, se cita el caso del 239 II (detención ilegal que dura más de una semana) como uno de los que se contempla en Alemania como delito calificado por el resultado —véase, por ejemplo, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 44. Auf., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 113; H.-J. RUDOLPHI, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch», I, *Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Alfred Metzner Verlag, Berlin, 1989, p. 110; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Auf., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, pp. 298 y 1073; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München, 1992, 10/109 (p. 206)—. En España Rodríguez Muñoz incluía la figura del actual art. 481.2.º entre los delitos calificados por el resultado, debido a que «dada la redacción del texto legal, pueden dichos casos abarcar muy bien situaciones de responsabilidad sin culpabilidad en orden al resultado más grave, aunque no siempre ocurra esto», Notas, p. 132 (*) (*sic*). Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual habla aquí de tipos cualificados o de tipos agravados: M. POLAINO NAVARRETE, *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 223; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, pp. 310 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, 9.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 153 y 154; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 106 y 107; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Va-

bos, respecto de los que resulta verdaderamente incierto y discutible inclinarse por una u otra caracterización. Desde un punto de vista estrictamente formal, podría decirse que, aunque en los dos casos se contempla una agravación de la pena que desborda la que corresponde al «tipo base», en el primer grupo el establecimiento de una pena superior no se debe al añadido de una simple circunstancia agravante, cuya función es graduar lo injusto y la culpabilidad, sino de un delito con vida jurídica propia, que podría ser independiente (19), mientras en el segundo la adición cualificante constituye una mera circunstancia agravante de naturaleza accidental, puramente dependiente de la infracción principal, es decir, que su añadido al «tipo básico», no representa en realidad un nuevo delito confundente de lo injusto y de la culpabilidad, como el calificado por el resultado (construido sobre la base de dos infracciones, a semejanza de un concurso ideal) (20), sino el mismo delito en una versión especialmente grave (21). Sin embargo, esto no parece ser tan definitivo, puesto que algunos autores no han tenido dificultad en incluir entre los delitos

lencia, 1990, pp. 745 y 746; CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC y otros, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 732 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ-DÍAZ MAROTO, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial), *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 23 y 24; P. GÓMEZ PAVÓN, *Código Penal comentado*, ob. cit., pp. 908 y 909; J. L. DIEZ RIPOLLÉS, en DIEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 354 y ss.

(19) Gómez Benítez indica que la propia estructura interna de los delitos calificados por el resultado pone de manifiesto que un solo hecho tiene que constituir dos delitos (las cursivas son añadidas), *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 109. Así también, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, pp. 1021 y 1022.

(20) Cardenal Murillo cree que el delito calificado por el resultado puede caracterizarse como un supuesto específico de concurso ideal tipificado y cualificado, *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal (Estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el Libro I del C. P. español)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 390, 391 y 473. En el mismo sentido, R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 235; E. BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre los delitos preterintencionales, los delitos calificados por el resultado y el principio de culpabilidad*, p. 54; M. ALONSO ÁLAMO, «El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código Penal», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1983-3, Madrid, p. 1071.

(21) Por el contrario, no es indicativo a los fines de la distinción alegar que en los delitos calificados por el resultado se protegen dos bienes jurídicos distintos, y en las figuras agravadas por un resultado más grave sólo uno, puesto que la cualificación en estas últimas puede fundamentarse no sólo en la intensificación de la lesión del bien jurídico fundamental, sino también en la protección de intereses adicionales, como, por ejemplo, sucede en el caso de la circunstancia 1.^a del art. 516. Véase, en este sentido, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, *Manual*

calificados por el resultado algunas figuras en las que el ulterior resultado no constituye un delito independiente por sí mismo, especialmente en hipótesis en que dicho resultado es de peligro —que pueden ser más o menos discutibles—, pero también cuando lo es de carácter material (22), sin que se justifique convenientemente, más allá de la constatación del empleo de la técnica legislativa consistente en determinar las penas en función «del» o «de los» resultados, por qué en otros casos a una figura delictiva construida sobre la base de un resultado material más grave, cuya pena también viene establecida en atención al mismo, se la caracteriza como un tipo agravado (doloso), siendo que por tratarse de un resultado puede concebirse asimismo imprudentemente realizado.

A propósito de esto, Alonso Álamo indica con acierto que el resultado en los delitos de responsabilidad objetiva no puede considerarse circunstancia. Pero añade que, no obstante, la valoración del resultado como circunstancia en estos delitos ha de plantearse siempre en conexión con un determinado Derecho positivo y, en concreto, con el tratamiento que éste dispense al problema del conocimiento de las circunstancias. De modo tal que, por ejemplo, en un Derecho

de Derecho Penal (Parte Especial) (*Delitos patrimoniales y económicos*), 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 89.

(22) Entre los de resultado material cabe citar los delitos de los arts. 376 (abandono de destino con daño a la causa pública) y 396-397 (malversación con daño o entorpecimiento del servicio público): véase, por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 257; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, «La culpabilidad y su exclusión», Losada, Buenos Aires, 1962, p. 102; R. F. SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1.º», p. 39 y «Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 193 y ss. En el mismo sentido pueden citarse los arts. 364.1.º (sustracción, destrucción u ocultación de documentos o papeles con grave daño de tercero o de la causa pública) y 371.2 (no prestar la debida cooperación para la Administración de Justicia u otro servicio público con grave daño para la causa pública o para un tercero).

Entre los de resultado de peligro se cita al delito del art. 488 (abandono de menores con peligro para la vida) y el del art. 489 (abandono impropio de menores con peligro para la salud o la moralidad del menor). Véase, por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 257, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, pp. 1163 y 1187; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, p. 81; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general 1, p. 328; A. CARDENAL MURILLO, «Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fasc. 2.º, p. 619, n. 85. Por el contrario, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 183 y ss., indica en cuanto al primero que se trata de un delito de peligro concreto distinto al del tipo básico, y respecto al segundo dice que es un tipo cualificado (en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 760 y 761 y CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 749 y 750).

como el italiano, que establece la imputación objetiva de las circunstancias (arts. 59, 60, último párrafo, y 118) —se refería naturalmente al régimen vigente hasta la reforma operada por Ley núm. 19, de 17 de febrero de 1990, que ha sustituido el sistema objetivo por uno en el que se combinan el dolo y la culpa (23)—, no hay inconveniente en que el resultado objetivamente producido de los delitos calificados, pueda considerarse circunstancia, lo que no podría mantenerse en nuestro Derecho debido a que, en virtud sobre todo del art. 60, el tratamiento de las circunstancias está dominado por el principio de culpabilidad (24). Desde luego nada cabría objetar a esta última consecuencia para el Derecho español toda vez que en el momento en que escribía la autora citada estas reflexiones —antes de la reforma urgente y parcial del Código penal de 25 de junio de 1983— los delitos calificados por el resultado constituían auténticos delitos de responsabilidad objetiva. Pero debemos preguntarnos ahora si en algo cambia el estado de cosas la introducción en el Código penal español del párrafo segundo del art. 1, que excluye la responsabilidad sin culpa respecto al resultado calificante y, que según vengo manteniendo, puede aplicarse también a las circunstancias que impliquen esencialmente un mayor desvalor del resultado. De admitir el razonamiento expuesto por Alonso Alamo parece que la respuesta pudiera ser afirmativa; sin embargo, sin entrar en estos momentos a analizar si los resultados de los delitos calificados resisten un examen que demuestre su naturaleza accidental —lo que pone en tela de juicio también la citada autora—, lo cierto es que el motivo por el que en el Derecho italiano se podía mantener esa dudosa identidad entre resultado de los delitos calificados y las circunstancias reside en que de ese modo se permitía hacer entrar en juego al art. 69 del Código penal italiano (25), que autoriza la compensación de circunstancias generales y específicas, mecanismo que en nuestro Derecho no es posible fundar legalmente, a pesar de la opinión favorable a ello de

(23) A tenor de la nueva redacción del art. 59.1: «Las circunstancias que agravan la pena son valoradas en contra del agente solamente si las conociera o las ignorase por culpa o las considerara inexistentes por error determinado por culpa».

(24) M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 304 y ss.

(25) Véase, por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, Parte Generale, 2.^a ed., Ed. Zanichelli, Bologna, 1989, pp. 480 y ss. Tras la nueva regulación de la imputación de las circunstancias agravantes, véase A. MELCHIONDA, «La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova serie, anno XXXIII, Milano, 1990, pp. 1462 y ss., G. ZUCCALA, *Commentario breve al Codice Penale*, 2.^a ed., Cedam, Padova, 1992, pp. 201 y ss., y P. FABRIS, *Commentario breve al Codice Penale*, ob. cit., pp. 253 y ss.

un sector de nuestra doctrina (26), por lo que carecería de sentido plantearnos la polémica en esos términos.

Por otra parte, atendiendo a las razones dadas para explicar la existencia de los delitos calificados por el resultado, éstos se distinguirían de las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave con base en argumentos materiales que aportarían mayor solidez a la distinción. Y así se suele entender en la actualidad que puede hablarse de calificación respecto a un resultado más grave si ese resultado es simplemente *consecuencia secundaria* (producida culposamente, incluso hasta hace no mucho tiempo también, y como máxima expresión de esta peculiaridad jurídica, por caso fortuito) (27) de una acción con otros fines, de modo que en el caso de

(26) M. ALONSO ÁLAMO, «El sistema de las circunstancias del delito», pp. 207 y ss., 313 y ss., 760, y «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 19, 1983, pp. 9 y ss.; L. F. RUIZ ANTÓN, *Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena. Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, volumen 2.º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 1110 y 1111; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 167 y 173; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial), *Delitos patrimoniales y económicos*, 1.ª ed., pp. 93 y 95. En contra, véase BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial) (*Delitos patrimoniales y económicos*), 2.ª ed., p. 86; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general II, pp. 104 y 105, n. 10; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 223.

(27) Hasta que se introdujo en el Derecho positivo la exigencia expresa de culpa (art. 1.2 en España, § 56 en Alemania, luego § 18), la mayor parte de la doctrina limitaba en rigor la denominación de delito calificado por el resultado al supuesto en que el posterior resultado que determinaba la pena se tratara de una consecuencia puramente causal de la acción básica inicial. Véase, por ejemplo, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI, pp. 22 y ss.; R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 38; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 83.

Esta noción inicial no ha impedido que se siga hablando de delito calificado por el resultado, más o menos matizadamente, cuando encontráramos ante el mismo o semejante fenómeno delictivo, pero por razonamientos doctrinales o exigencias del Derecho positivo, la relación con el resultado calificante haya pasado de ser puramente causal a otra basada en la previsibilidad objetiva (véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990 (reimpresión de su obra publicada en 1966 por Reus, Madrid, pp. 172 y ss.) o, en su caso, además en la previsibilidad subjetiva (en última instancia fundada, pues, si a ello se añade la inobservancia del cuidado objetivo, en la culpa). En razón de esto, según Maurach, los delitos calificados por el resultado deberían hoy designarse con más propiedad *delitos de resultado cualificados por la culpa concurrente*, MAURACH-ZIFF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8. Auf., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 248 (MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, I, trad. y notas por J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 232).

producción dolosa del resultado más grave no existiría ya ninguna característica que lo distinguiese del delito de resultado doloso normal, no pudiéndose ya hablar en rigor de un delito calificado por el resultado (28). Paralelamente se alega que los delitos calificados por el resultado se han creado con una finalidad agravatoria, en función de las exigencias de la prevención general, y que dan lugar a la aplicación de penas superiores a la medida de la culpabilidad, esto es, a la resultante del concurso de delitos (29), y, junto a esto o

No nos parece apropiado, sin embargo, hablar de «figura o delito complejo» para referirse a los delitos calificados por el resultado, sólo por el hecho de que ahora sea preciso, al menos, culpa respecto al resultado más grave (como en alguna ocasión hace Suárez Montes, si bien consecuente con su definición de delito complejo y sin renunciar definitivamente al uso de la otra, véase R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 234 y ss. y *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 37; de modo similar para referirse a estos casos, hablan de «estructura de delito complejo» OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, Teoría jurídica del delito, 2.ª ed., Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 113); también así H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, pp. 1041 y 1049, los refiere como «delitos complejos especiales». Si se entiende con Gimbernat, como creemos correcto, que lo que caracteriza al delito complejo no es sólo la presencia de dos delitos, sino una especial característica entre ambos, esto es, la conexión de medio a fin entre los dos hechos (una muerte dolosa puede ser un medio para tomar cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, pero los resultados más graves de los delitos calificados no constituyen el medio de alcanzar el delito base, sino que se trata de consecuencias secundarias de él; el delito de robo con homicidio culposo no es por lo dicho un delito complejo: la cosa se obtiene en virtud de violencia o intimidación —hasta ahí delito complejo—, pero la muerte culposamente producida no ha sido el medio de tomar la cosa, sino una consecuencia secundaria de la ejecución de la acción compleja básica), véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 185 y ss. A lo sumo de lo que podría hablarse es de «delitos compuestos», pero esta denominación, más clasificatoria que otra cosa, no explicaría nada sobre su específica naturaleza, por lo que preferimos mantener, pese a su posible inadecuación, la terminología tradicional, si bien con las matizaciones propias de la progresiva evolución dogmática y positiva de estos delitos. Véase sobre esto, A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, p. 594, y A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, pp. 117 y 118.

(28) Véase J. L. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 634 y ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 109 y ss.; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11. Auf., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 72.

(29) J. CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 270, n. 47, y *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, p. 1018. Básicamente así también R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 232, 235 y ss.; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Imputación ob-*

independientemente de esto, se aduce además también que la nota que los define y fundamenta su mayor penalidad reside en el específico peligro que para otro bien jurídico tiene la ejecución de la conducta básica inicial (30).

Pues bien, en el puro terreno doctrinal y en atención a lo anteriormente indicado, podemos establecer inequívocas diferencias entre los delitos calificados por el resultado y las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave: en los primeros el resultado más grave deberá ser fruto de imprudencia, resultando una pena sensiblemente superior en razón de un mayor contenido de lo injusto y/o en virtud de las exigencias de la prevención general, en tanto en las segundas el resultado más grave cobrará sólo pleno significado en los casos de dolo respecto al mismo, a los que la reacción penal queda ajustada, por lo que no existe en rigor un sentido agravatorio en las tales figuras superior al de la medida de la culpabilidad, pues ni se alega en ellas un *plus* de injusto sensiblemente superior al que es inherente a la circunstancia dolosa que fundamenta la agravación, ni se alegan razones de prevención general para elevar sus penas. Sin embargo, todo este planteamiento teórico queda oscurecido y enturbiado por el Derecho positivo, que introduce la expresión «al menos» en el párrafo segundo del art. 1, lo que como consecuencia

jetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado, p. 1027. En contra frente a esto último, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 109 y ss. (en especial, p. 115), para quien la naturaleza agravatoria de estos delitos no es contraria al principio de culpabilidad, ni la medida de ésta se deduce del concurso ideal. Sin embargo, creemos que si tanto se destaca la naturaleza especialmente agravatoria de estos delitos, ello es debido a que una y otra vez, consciente o inconscientemente, se está comparando la pena establecida en ellos con la resultante del concurso ideal. Si el resultado de éste no nos diera referencia mediata sobre la medida de la culpabilidad no habría lugar a plantearse en casi ningún caso un exceso de penalidad de los delitos calificados por el resultado, ya que no existiría un referente válido con el que comparar.

(30) Véase H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Auf., Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 234 y ss., 515 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, § 10/108 (p. 206); G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2. Auf., Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 9/33 (pp. 330 y 331); M. L. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva*, p. 229; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 103 y ss. (p. 109); A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, pp. 598 y ss., y *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal*, pp. 386 y ss., 472; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, p. 114. Una exposición general de esto puede verse en J. L. DíEZ RIPOLLÉS, «Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 (11)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, fasc. 1.º, pp. 102 y ss. y también E. GIBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 171 y ss.

inmediata trae consigo dar cabida en la estructura de los delitos calificados por el resultado a las combinaciones dolo-dolo (31), y como repercusión mediata a la admisión de las combinaciones dolo-culpa en las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave. Esto ha favorecido, a mi juicio, que buena parte de las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave se hayan considerado erróneamente delitos calificados por el resultado (32).

(31) Sobre cuándo esta combinación desplaza al concurso ideal véase J. CERREZO MIR, *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, p. 1018; con diferente fundamentación, pero de acuerdo en la conclusión también S. MIR PUIG, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, pp. 101 y 102. No se dice que las combinaciones dolo-dolo constituyan propiamente un delito calificado por el resultado, sino que por el juego del art. 1.2 es posible incluir combinaciones de dicho carácter en las estructuras calificadas si ello es procedente desde el punto de vista de justicia material, es decir, para no consolidar un privilegio aberrante cuando es menor la pena que resulta del concurso ideal para aquel binomio. A la postre, esto no sería necesario si el legislador hubiera ajustado las penas con arreglo a su gravedad comparativa, luego proporcionadamente: mayor pena para el concurso ideal en el caso dolo-dolo que para el delito calificado por el resultado.

Lo que no se entiende, por otra parte, es que algunos autores nieguen la posibilidad de incluir el binomio dolo-dolo en las estructuras calificadas porque en estos casos no se daría el contenido de injusto específico de esta clase de delitos, pues si realmente existiera en ellos un *plus* de injusto basado en la peligrosidad específica que para otro bien jurídico representa la ejecución de la conducta básica inicial, si ello fundamentase en verdad su mayor gravedad y su peculiar efecto penológico, ¿qué razones impedirían valorar en las combinaciones dolo-dolo ese peligro que de hecho en estas estructuras también concurre? Como dice R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 47, el carácter pluriofensivo del hecho no altera los parámetros subjetivos o culpabilistas posibles. En caso contrario, podría llegar a carecer de importancia real que el dolo-culpa del delito calificado se pudiese castigar con pena superior al dolo-dolo del concurso ideal. Contrario a esto último, lógicamente, A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, p. 616.

Adviértase, por otra parte, que no en todos los supuestos de combinación dolo-dolo la solución que se propone en la doctrina es siempre el concurso ideal, sino que también llega a estimarse, fundamentalmente en los casos en que el delito base es de peligro, la absorción de éste por el doloso más grave o, simplemente, la prevalencia del más grave: véase, por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 184 (abandono de niños); implícitamente, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, p. 81 (abandono de niños), no, sin embargo, en p. 242 (salud pública); RODRÍGUEZ DEVEZA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, p. 1101 (salud pública), no, sin embargo, en p. 113 (abandono de niños); J. BOIX REIG y otros, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 402 (salud pública); CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 749 (abandono de niños).

(32) Tampoco lo son para J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 111, n. 163 y 116, pero este autor excluye también estas figuras de la aplicación del art. 1.2 (alude expresamente a los arts. 184, 364, 371.2, 376.1, 377, 396, 420 ó 481.2).

Pero abundando aún más en su distinta naturaleza, si tanto en los delitos calificados por el resultado como en las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, puestos ambos en relación con el párrafo segundo del art. 1, la contrariedad con el principio de proporcionalidad se manifiesta en idéntico sentido, es decir, podría llegar a castigarse con la misma pena la producción dolosa y la culposa del mismo ulterior resultado más grave, cuando aquel principio exigiría sancionar diversificadamente, podemos apreciar con claridad, no obstante, que las diferencias de uno y otro fenómeno delictivo frente al principio de culpabilidad radican en dos razones bien distintas (33): en los primeros es su construcción misma, su particular estructura típica, la que atenta contra aquel principio (34), en tanto en las segundas no es la construcción, sino la aplicabilidad a éstas de la regla del párrafo segundo del art. 1 lo que determina la indicada contrariedad. Lo explico más detalladamente: a) en los delitos calificados por el resultado la lesión de aquel principio resulta de la comparación del marco penal que se establece para los mismos con el que se obtendría del concurso ideal entre las dos infracciones que contiene; si el primero es superior y en los delitos calificados por el resultado no puede fundamentarse un *plus* de injusto (35), atenta contra el principio de culpabilidad que se establezcan delitos calificados por el resultado en lugar de dejar que jueguen por sí mismas las reglas del concurso de delitos; por otra parte elevar la pena por encima de la gravedad del delito por razones o exigencias de prevención general es contrario también a aquel principio (36); b) en cuanto a las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, no cabe la posibilidad de recurrir a un concurso ideal, ni como solución

(33) Para otras manifestaciones de la infracción de los principios aludidos por parte de los delitos calificados por el resultado, véase A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, p. 617.

(34) Véase J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, p. 83.

(35) Como con argumentos convincentes ha demostrado J. L. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (II)*, pp. 106 y ss.; también, R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 237 y ss., n. 39, y *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, pp. 47 y 48. De otra opinión en nuestra doctrina, aun cuando admite alguna excepción, A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, pp. 603 y ss. (p. 611) y *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal*, pp. 386 y ss., 471 y ss. En la doctrina alemana por la supresión de los delitos calificados por el resultado se han manifestado M. SCHUBARTH, «Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, p. 775; C. LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, pp. 87 y 88, 164 y ss.

(36) Véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 27.

alternativa, ni como clave de la comparación (37), sino que la infracción al principio de culpabilidad tiene lugar porque se imputa como si fuera dolosa —dado que se aplica la pena que a ésta corresponde— la producción de un resultado que es culposo, lo que se debe no a su particular construcción, sino a que les sea aplicable una regla de la que se derivan esas consecuencias contrarias a una culpabilidad proporcionada.

Del mismo modo habría que delimitar estos fenómenos delictivos de las denominadas por la doctrina condiciones objetivas de punibilidad impropias o intrínsecas (38), esto es, aquellas utilizadas para cofundar o agravar lo injusto de una conducta, que en forma tanto de condiciones objetivas de punibilidad como de condiciones objetivas de mayor punibilidad, y cuando se configuran como resultados o características del mismo, plantean también problemas de delimitación con los delitos calificados por el resultado y con las figuras delictivas cualificadas o agravadas por un resultado más grave, no siendo infrecuente que sin demasiadas explicaciones un mismo elemento sea caracterizado de modo diverso. La razón de su existencia diferenciada como elementos de lo injusto al margen de los principios de responsabilidad subjetiva (39), por razones técnicas o político-criminales, constituiría el principal *criterio de desvinculación* con los resultados de los delitos calificados o de las figuras agravadas (40),

(37) No estimamos posible aplicar a esos casos un concurso ideal entre el delito básico doloso y el tipo agravado culposo, dado que los tipos agravados de otro básico carecen de verdadera independencia delictiva. Véase, en este sentido, S. MIR PUIG, *Adiciones a la 3.ª ed. del Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 431 y 432 y J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General I, p. 349.

(38) Sobre una u otra denominación y su contenido, véase B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 20 y ss., quien prefiere utilizar la nomenclatura italiana que distingue entre condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas e intrínsecas, y C. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, pp. 30 y ss., que se decanta por la distinción alemana entre propias e impropias.

(39) El error respecto a ellas sería, por tanto, irrelevante: véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 460 y 626; S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito), 3.ª ed., P.P.U., Barcelona, 1990, pp. 268 y 269; A. TORIO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Colección de Criminología y Derecho Penal, San Sebastián, 1983, p. 106.

(40) Véase B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 91 y ss., 95 y ss.; C. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 88 y ss.; M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 372; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 176.

el cual, por otra parte, sólo se habría obtenido respecto a los delitos calificados por el resultado desde que *ex lege* se exigiese con relación al resultado calificante, al menos, culpa. Sin embargo, habida cuenta de que no satisface plenamente desde el punto de vista del principio de culpabilidad la presencia de condiciones impropias o intrínsecas ajenas a toda conexión subjetiva con el autor (dolo o culpa), especialmente en un ordenamiento jurídico penal como el nuestro en el que, en virtud de los arts. 1.2, 6 bis a) y 6 bis b), parece quedar desterrada toda responsabilidad de carácter objetivo, sin que se establezca —ni con el *statu quo* actual pudiera establecerse— sin distorsión axiológica alguna una excepción al principio de culpabilidad para el tratamiento de las condiciones impropias o intrínsecas, se observa una tendencia que pasa de la simple aceptación o, de otro modo, mera resignación de esta situación de contradicción, a otra en la que de alguna manera se predica *de lege lata* y fundamentalmente *de lege ferenda* la relevancia del error (al menos, el de carácter invencible) que recaiga sobre estas condiciones sea con base en la idea de riesgo de Schweikert o en la de tipo de lo injusto de Sax, u otras (41), con lo que se plantea la duda, formulada por Mapelli Caffarena, de si aceptando la relevancia del error no habremos hecho desaparecer las condiciones objetivas de punibilidad impropias o intrínsecas cuya especificidad se resolvía precisamente en la irrelevancia (42) (lo que con un sentido general sucedería, a mi juicio, tanto el error sobre aquéllas fuera tratado análogamente a un error de tipo, como lo fuera a uno de prohibición, como si, finalmente, se previera específicamente una regulación del error sobre esta categoría), y, añadimos, si paralelamente no se estará diluyendo la frontera que en términos técnicos separan a éstas de los delitos calificados por el resultado y, en su caso, de las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave.

(41) Véase H. SCHWEIKERT, *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1958, pp. 394 y ss.; W. SAX, «*Tatbestand*» und Rechtsgutsverletzung (I), *Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes»*, pp. 9 y ss., y (II), *Folgerungen aus der Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes»*, pp. 429 y ss., Juristenzeitung, 1976. Una exposición detallada y crítica sobre estas tesis puede encontrarse en J. L. Díez Ripollés, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 641 y ss.; B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 58 y ss., 71 y ss., 126 y ss.; C. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 37 y ss., 58 y ss., 120 y ss.

(42) B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, p. 119.

Sea como fuere, se acepten o no las diferencias apuntadas para las modalidades y construcciones delictivas aludidas hasta el momento, por desgracia para el principio de culpabilidad, no sólo no existe obstáculo en subsumir los resultados más graves de naturaleza circunstancial en ese párrafo segundo del art. 1, sino que ésa constituye actualmente la *voluntas legis*. Sin embargo, aún queda por resolver un último escollo, a saber, si entonces no se produce una antinomia entre el citado precepto y el art. 6 bis a), párrafos primero y segundo. Por lo que a la inclusión de los genuinos delitos calificados por el resultado en el régimen del art. 1.2, en contra de las previsiones del art. 6 bis a) para los elementos del tipo, entendemos con Suárez Montes, que el sentido y el objeto de la regulación de una y otra norma son diferentes, lo que explica su compatibilidad, y, más allá de ella, la complementariedad de ambas disposiciones (43). En la segunda el error vencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal determina, en su caso, la aplicación de la infracción culposa (con relación a los arts. 565, 586 bis y 600), mientras en la primera el error vencible sobre el resultado calificante («elemento esencial integrante de la infracción penal») determina la aplicación de un complejo delictivo, que, al margen ahora del delito base, puede ser doloso pero también culposo (sin relación con los arts. 565, 586 bis y 600). En cambio, la inclusión en el régimen del art. 1.2 del resultado cualificante de los tipos agravados para estimar su aplicación como doloso en caso de resultado más grave culposo, podría parecer contrario a la consecuencia que la doctrina mayoritariamente desprende del art. 6 bis a) para el error vencible sobre un elemento que agrave la pena, esto es, la exclusión de la agravación (44). Pero, sin embargo, ni todos los supuestos de culpa en relación al resultado más grave son de error vencible, dado que la culpa puede no venir determinada por un error en sentido estricto (ausencia de conocimiento), como sucede en la culpa consciente (pues en ella hay representación del resultado), ni realmente el art. 6 bis a) determina los efectos del error vencible sobre un elemento que agrave la pena, sino sólo lo hace en los casos de error invencible (párrafo primero). En conclusión, el art. 1.2 y el art. 6 bis a), tal y como lo entendemos, no se interfieren, sino que se complementan el uno al otro.

(43) R. F. SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado» en la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, pp. 196 y 197.

(44) S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, p. 272; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, p. 513; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, p. 149; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 349; M. L. MAQUEDA ABREU, *El error sobre las circunstancias*, p. 718, n. 87.

No obstante lo anteriormente indicado, y aunque éste sea el sentido objetivo de la ley, no parece que aquello represente la situación más deseable para nuestro Derecho, dada la insatisfacción que produce el que se pueda castigar la realización dolosa y la culposa con la misma pena. Sin embargo, *de lege lata* esta evidente infracción del principio de proporcionalidad de la culpabilidad es posible atemperarla mediante la aplicación de la circunstancia 4.^a del art. 9, a la que debemos dar también una interpretación ajustada al entramado normativo actual del Código, sin perjuicio de urgir al legislador a la derogación de ambos preceptos (art. 1.2 y 9.4.^a) y de los genuinos delitos calificados por el resultado, y a un replanteamiento de esta cuestión plenamente conforme con el principio de culpabilidad.

En cuanto a la denominada atenuante de preterintencionalidad, tras la reforma llevada a cabo en el Código penal en 1983, que entre otras cosas deja sin contenido el art. 50, para una parte de la doctrina parece seguir teniendo vigencia, con más o menos retoques, la fórmula sugerida por Silvela, fundamentalmente destinada a deslindar el campo de aplicación del art. 50 respecto del que corresponde a la circunstancia 4.^a del art. 9, según la cual la primera de las disposiciones debía aplicarse cuando dos hechos —el intentado y el ejecutado— fueran dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no hubiera más que uno, que fuera el realizado, pero respecto del que fuera el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo (45). Al desaparecer el art. 50, conforme al sentido de la nueva regulación tendente a la realización del principio de culpabilidad, no se habría pretendido ampliar el campo del versarista art. 9.4.^a a la preterintencionalidad heterogénea, sino, a lo sumo, reservarle el mismo (preterintencionalidad homogénea) o, inclusive, restringirlo si se puede todavía más (46). En este sentido, la doctrina en general ha entendido que la atenuante cuarta podía aplicarse a la antigua regulación de las lesiones (vigente hasta la reforma de 21 de junio de 1989), o, por poner un ejemplo que aún esté vigente, a los delitos contra el patrimonio, como el hurto (antes de 1983 con mayor motivo, dado el establecimiento de la penalidad por el sistema de cuantías) o los daños, es decir, a delitos con resultado graduable (47).

(45) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Segunda Parte, «Elementos de Derecho Penal español», 2, Imp. de M. G. Hernández, Madrid, 1879, p. 137.

(46) Véase, en cambio, en opinión aislada ampliándolo, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, Albacete, 1988, pp. 374 y ss.

(47) Véase G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «La atenuante de preterintencionalidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, fasc. 3.º, pp. 555 y ss.; S. MIR PUIG, «Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal», en *Estudios Penales*, libro homenaje al Prof. José Antón Oneca, Ediciones Universidad

Haciendo abstracción del art. 1.2, carecería de sentido en un Derecho Penal respetuoso con el principio de culpabilidad explicar el mantenimiento de la referida circunstancia, porque su existencia sólo revela una grave incongruencia con dicho principio (48), al contradecir las reglas generales que sirven a la estimación del dolo y de la culpa. Así es, porque no existiendo en nuestro Código una tercera forma de imputación subjetiva distinta del dolo y de la culpa (como la preterintencionalidad de los arts. 42 y 43 del Código penal italiano), no es posible justificar, ni doctrinalmente, ni dentro de nuestro contexto normativo, que una simple circunstancia permita fundar la existencia del dolo, disolviendo al mismo tiempo la posible responsabilidad culposa. Dicho de otro modo, representa una contradicción en sí misma que un elemento accidental determine la existencia del esencial, siendo además que su específico efecto atenuante presupone precisamente todo lo contrario, que en realidad no hay dolo (49). Por tanto, desde esta perspectiva cualquiera de las fórmulas ideadas hasta ahora para otorgarle un campo de aplicación propio a la mencionada circunstancia susceptible de soslayar tales dificultades, aunque encomiables, están abocadas irremediablemente al fracaso (50). Su enten-

de Salamanca, 1982, pp. 326, 351, 325 y ss.; G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 70; J. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 60 y ss. y *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, pp. 1013 y ss.; E. BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad*, pp. 45 y ss.; M. ALONSO ALAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad*, pp. 1060 y ss., 1067; M. COBO DEL ROSAL, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, fasc. 1.º, p. 99; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 491 y ss. Sobre la jurisprudencia, véase M. COBO DEL ROSAL, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, pp. 107 y ss.; M. L. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva*, pp. 202 y ss. En prensa este trabajo han aparecido los estudios de: J. M. PERIS RIERA, *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*. (Tendencias restrictivas en favor de la penetración del elemento subjetivo), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, y J. A. MARTOS NÚÑEZ, *La preterintencionalidad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 3, Madrid, 1993.

(48) Véase J. CEREZO MIR, *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, p. 1015.

(49) Véase, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 492 y 493.

(50) Al margen de la propuesta de aplicar la circunstancia cuarta a los casos de dolo eventual —S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, p. 315; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, p. 87— o al concurso ideal entre un delito doloso y otro culposo —E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal español*, Parte General, 2.ª edición, Akal/lure, Madrid, 1990, p. 253— interesa ahora llamar la atención sobre la que adicionalmente propone Mir Puig, según la cual el art. 9.4.ª sólo puede apreciarse en delitos

dimiento en estos momentos sólo puede encontrar una mínima explicación plausible a la luz del nuevo párrafo segundo del art. 1. Primero, porque por mediación de éste se exigirá que el resultado (o «mal») que se impute sea, al menos, culposamente causado. Y segundo, porque precisamente en esos casos de culpa en relación al resultado podrá fijarse el campo de aplicación actual de la circunstancia cuarta, orientándola en lo posible a la realización del principio de culpabilidad.

Ciertamente no puede desaprovecharse su existencia positiva (51) —además de que estamos obligados por el principio de conservación de las normas— para no aplicarla en los delitos calificados por el resultado cuando el ulterior resultado es culposo, si, por las razones que sean (52), es preciso incluir en la estructura del delito calificado por el resultado la combinación dolo-dolo (53), pero también en las

de gravedad resultante graduable en los cuales *existe dolo*, pero éste no alcanza el grado máximo del mal causado y si un grado menor que basta para realizar el tipo —S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 314 y 315; en el mismo sentido J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, fasc. 1.º, p. 200—. Esta fórmula poseería la ventaja de no afectar con la circunstancia a la calificación dolosa del delito de que se trate, pero, como indican Cobo del Rosal y Vives Antón, «a partir de tal presupuesto, resulta que, dada la intención de realizar un tipo determinado, si se realiza exactamente lo que se quería no hay, en principio, atenuación; pero, si culposamente se produce un mal mayor, ese “plus” de daño reprochable determina, paradójicamente, la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad», *Derecho Penal*, Parte General, p. 493. Para solventar el absurdo de favorecer a quien culposamente ha hecho más que la producción del grado mínimo de lesión típica, Mir Puig recurre a estimar como atenuante análoga a la del art. 9.4.ª, la de no haber producido la lesión típica en el grado máximo que permita el delito, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, p. 108. Precisamente dicha analogía pone de relieve la inconveniencia de la tesis de Mir, pues al final se vería obligado a tratar de igual modo conductas que, sutil, pero realmente, tienen distinta gravedad.

(51) Aun a pesar del criterio de una parte de la doctrina que no le encuentra aplicación susceptible de fundamentación racional y dogmáticamente aceptable. Véase J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, fasc. 2.º, pp. 401 y ss. y *Código Penal comentado*, p. 64, E. BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad», p. 49 y «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición», *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, Tomo V, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 76.

(52) Véase nota 31.

(53) Ya antes de la aparición del actual art. 1.2 se proponía por algún autor la aplicación de la circunstancia cuarta a los delitos calificados por el resultado, así S. HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 109 (para el delito del último párrafo del art. 411), sin fundamento (legal)

figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave para atenuar la pena de todos los supuestos en que se castigue por un resultado más grave culposo (54). La razón de ello se encuentra en ambos casos en la necesidad de discernir proporcionalmente en la pena la realización dolosa y la culposa del (mismo) resultado que califica o cualifica la infracción, dado que, en principio, se le atribuye la misma. La necesidad de apreciar una pena inferior para la culpa respecto al dolo cuando ambos tienen el mismo objeto referente no precisa mayor explicación, dando nuestro Código Penal muestras constantes de ello: sirva como exponente representativo el mismo art. 565, en cuyo párrafo cuarto se contiene una norma penológica en tal sentido. Por ello no parece arriesgada la reconversión propuesta para la atenuante 4.^a en los casos de delitos calificados por el resultado y las figuras agravadas o cualificadas por un resultado más grave como criterio corrector, pues aunque originariamente no fuera éste su campo de aplicación, formalmente cuando menos seguiría ajustándose a la fórmula de Silvela —hay un solo delito (el calificado o el cualificado) y el daño producido es mayor que el inicialmente

entonces, pero alegando algunos argumentos de cierto peso en favor de su tesis (pp. 105 y ss.). Hoy, una aplicación del art. 9.4.^a en el sentido del texto sostienen: J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, pp. 83, 84 y 87 y *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 184, y E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, p. 92, n. 98. Para el primero, «el art. 9.4.^o, es hoy, pues, un correctivo a la responsabilidad objetiva dentro de la idea de una mayor precisión del principio del injusto personal,» mientras que para el segundo, este entendimiento de la circunstancia supondría un paso más en la dirección tendente a dotar de un contenido material al principio de culpabilidad y «haría que por fin la preterintencionalidad fuese una circunstancia atenuante que en verdad atenúa la responsabilidad criminal a quien queriendo causar un mal produjo otro de mayor gravedad sin intención de causarlo, y no una circunstancia cuya existencia legal misma resulta, como advirtiera Rodríguez Mourullo, paradójicamente “perjudicial” para el reo».

Para el delito del art. 421.2.^o propone lo mismo, J.-M. TAMARIT i SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones (Análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989)*, P.P.U., Barcelona, 1990, p. 116 y ss., y la Fiscalía del Tribunal Supremo, Circular 2/1990, pp. 54 y 55; en contra expresamente de esto, A. GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, p. 87.

La razón hasta 1983 verdaderamente decisiva para no aplicar a los delitos calificados por el resultado la atenuante cuarta, consistente en que estos delitos obedecerían ya a una estructura preterintencional —por lo que de aplicarse se valoraría el mismo dato por dos veces—, deja de tener sentido desde el momento en que en tales complejos delictivos pueden ahora acogerse las hipótesis dolo-dolo, las que, por definición, no son preterintencionales. De ahí que para esos supuestos sea la atenuante de preterintencionalidad la encargada de indicar que el dolo-culpa, justo en virtud de su carácter preterintencional, es menos grave que el dolo-dolo en el seno de dichas estructuras, y que por eso debe atenuarse la pena.

(54) Véase *supra*.

propuesto (en las versiones de culpa en relación al ulterior resultado más grave)—, pero además de esta forma se lograría corregir el defecto normativo asociado a la aplicación de la circunstancia 4.^a hasta ahora, esto es, la presunción de dolo, ya que en los casos en que manejamos su aplicación, ésta no presupone el dolo, ni afecta a la calificación culposa del resultado más grave, la cual ya debe venir dada. Ahora bien, como en estos supuestos la misma pena viene referida tanto para la producción dolosa como para la culposa del resultado, la aplicación de la atenuante cuarta se limita a sancionar la necesidad de discernir que la segunda es menos grave que la primera justamente porque «no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo» (55).

Por tanto y resumiendo, en atención a dichos preceptos (arts. 1.2 y 9.4.^a) deben imputarse *como si* se verificaran dolosamente (entendido únicamente en el sentido de que se aprecia la misma pena que cuando el resultado es doloso), si bien aplicando una circunstancia atenuante, algunas figuras delictivas que, partiendo de un tipo básico, añaden una o varias circunstancias que implican un mayor desvalor del resultado, en los supuestos en que el dolo no llega a abarcar dichas circunstancias, pero cuyo vencible desconocimiento o imprudente confianza en su no producción, y la consiguiente causación culposa, da lugar hoy por hoy a su (unitaria) imputación.

Lo cierto es que, sin embargo, no se dispone para estos casos de mayor gravedad del resultado por culpa una agravación intermedia *con fundamentación propia* que se situara entre los extremos de simple dolo sobre el resultado base y de dolo sobre la mayor gravedad del resultado, como sería lo indicado caso de que se optase por la punición culposa (56).

Para finalizar, la implicación directa de la interpretación que de los arts. 1.2 y 9.4.^a he propuesto con respecto al entendimiento tra-

(55) Con la única salvedad de que la mencionada aplicación de la atenuante no podría sostenerse cuando condujera a una pena inferior a la resultante del concurso ideal entre el delito doloso y el culposo correspondiente en los delitos calificados por el resultado, pues de ser así se contradiría la voluntad de la ley de castigar esas combinaciones con pena mayor que la del concurso. Conforme a esto, la preterintencionalidad no cabría estimarla casi nunca para esos supuestos como circunstancia «muy calificada» (a los efectos del art. 61.5.^a).

(56) En la conclusión, caso de que en el futuro, como parece lo probable, se suprima una norma como la contenida hoy en el art. 1.2 (así sucede en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 y en el Proyecto de Código Penal de 1992), estamos básicamente de acuerdo con R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal»*, p. 199, para quien «sería conveniente, o señalar en las propias tipificaciones singulares la clase de elemento subjetivo necesario para fundamentar la responsabilidad agravada, o de lo contrario establecer un sistema de remisión entre la Parte General y la Especial, debidamente trabado y que sea igualmente claro».

dicional que la doctrina hace del art. 60 como precepto que regula el error que recae sobre circunstancias (generales y/o específicas) (57) necesita ponerse de manifiesto: los primeros contradicen la clase de imputación (dolosa) que se dispone para las circunstancias del párrafo segundo, dentro de las cuales podrían estar comprendidas, si se estimara directamente aplicable el art. 60, las circunstancias específicas de la Parte Especial que agravan en virtud de un resultado de mayor gravedad. Como lo que prevé el art. 1.2 es que en tales supuestos se castigue al menos por culpa, se evidenciaría un caso en el que es seguro que el art. 60 no puede ser aplicado para las hipótesis de circunstancias específicas (58).

(57) Véase a este respecto, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 349; M. L. MAQUEDA ABREU, *El error sobre las circunstancias*, pp. 712 y 717; J. BUSTOS RAMÍREZ, «El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal», p. 90, «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, fasc. 3.º, pp. 705 y ss. y *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 264; S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, p. 273 y *Adiciones*, p. 426; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 197 y ss., 224 y 225; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 146 y 147; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 635; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, pp. 192 y 193; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 513 y 514; M. A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 103 y 104; E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 79 y ss., n. 85; J. A. SAINZ CANTERO, *Lecciones*, p. 709; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Código Penal comentado*, p. 25. Sin embargo, recientemente Díez Ripollés se manifiesta contrario a utilizar el art. 60 para resolver problemas de error en las circunstancias, porque, en su opinión, su finalidad no es ésta, lo que se ha visto corroborado desde la introducción del art. 6 bis a), «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 3.250, 1993, pp. 4, n. 57 y 5.

(58) Mir Puig se limita a extraer como consecuencia de la aplicación del art. 1.2 a los tipos agravados por un resultado más grave, simplemente la exigencia de que el resultado determinante de la pena «sea producido con dolo, siquiera sea eventual», *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, p. 101, desatendiendo la posibilidad de penar por culpa en esos casos. Su postura, no obstante, es coherente, pues aboga en favor de la aplicación del art. 60 analógicamente en los supuestos de error vencible sobre circunstancias agravantes específicas, *Derecho Penal*, Parte General, p. 273.