

Preterintencionalidad y cualificación por el resultado

Reflexiones desde el Derecho comparado.

Kai Ambos

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado y Derecho penal internacional
Georg-August Universität Göttingen

365

*Abstract**

Desde el punto de vista del Derecho comparado debe ponerse en duda el pretendido carácter indispensable de los delitos cualificados por el resultado. En primer lugar, se puede constatar que la regulación alemana, en contraposición a la española e italiana (I., II.), ha optado por una opción intermedia entre la responsabilidad objetiva por el resultado y la supresión completa de la preterintencionalidad. El estudio comparado de la punibilidad de la lesión con resultado de muerte en el caso alemán, por una parte, y en los casos español, sueco y suizo, por otra, muestra que la certeza que se supone que aporta el tipo penal del injusto cualificado por el resultado (III.1) queda contrarrestada por los beneficios que ofrece su determinación a través de las reglas del concurso, por medio de las cuales se ven modificadas las penas (III.2).

Sumario

- 1. Nota preliminar**
- 2. Situación jurídica en Italia y estado de la discusión**
 - 2.1. Preterintencionalidad y responsabilidad objetiva en la parte general**
 - 2.2. ¿Dónde se sitúan las fronteras constitucionales?**
 - 2.3. Preterintencionalidad y cualificación por el resultado**
- 3. Análisis crítico de la situación jurídica en España**
 - 3.1. Hasta la reforma de 1983**
 - 3.2. Hasta la reforma de 1995**
 - 3.3. El Código penal de 1995: ¿el final de la preterintencionalidad y la cualificación por el resultado?**
- 4. Consecuencias para el Derecho alemán**
 - 4.1. Punto de partida**
 - 4.2. ¿Cabe el castigo a través de las reglas del concurso como alternativa?**
- 5. Conclusión**
- 6. Tabla de sentencias citadas**
- 7. Bibliografía**
- 8. Anexo: Normas del StGB1 citadas en el texto**

* El artículo fue publicado originariamente en GA 2002, p. 455 y ss., bajo el título "Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation- Rechtsvergleichende Überlegungen". Traducción y actualización (parte de España e Italia) a cargo de Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Profesora Ayudante de Derecho Penal, Universidad de Alicante; revisión de Prof. Dr. Antonio DOVAL (Alicante/Valencia) y del autor. - Agradezco a Holger Barth (con relación a Francia), Dr. Gaetana Morgante (con relación a Italia), Profa. Dra. Alicia Gil Gil, Profa. Dra. Inmaculada Ramos Tapía y Teresa Manso (todas con relación a España), así como a Dr.Dr.h.c. Karin Cornils y Jussi Peca Matikkala (ambos con relación a Países nórdicos) sus indicaciones acerca del Derecho extranjero. También agradezco al Prof. Dr. Thomas Weigend (Colonia) y al Dr. Helmut Gropengiesser (Freiburg) sus comentarios críticos.

¹ Traducción al español en, Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

1. Nota preliminar

Preterintencionalidad significa “más allá de la intención”, tomado del término latino *praeter*, más allá, e *intentio-onis*, intención, propósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención. “*Minus voluit delinquere et plus delinquit*”; así decía una famosa frase de Bartolomeo CIPOLLA en *Consilia Criminalia*². Cuanto menos quería delinquir, más delinquía.

La responsabilidad *versari* propia del Derecho canónico constituye una responsabilidad por un resultado preterintencional: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*³. A quien comete un hecho ilícito le es imputable todo lo cometido, incluso lo accidental que se deriva de ese hecho⁴. Por su parte, las teorías clásicas del *dolus generalis*⁵ y *dolus indirectus*⁶ y la *culpa dolo determinata* establecida por FEUERBACH⁷ se basan, de nuevo, en la teoría *versari*. Sin embargo, mientras con el *dolus generalis* y el *indirectus* –en la línea de la teoría *versari*– la responsabilidad objetiva supera la intención originaria (que está limitada por la *res illicita*), con la teoría de la *culpa dolo determinata* se empezó a concebir los delitos cualificados por el resultado tal y como los conocemos hoy en Alemania. Dado que la *culpa dolo determinata* no es más que la imprudencia (objetiva)⁸ fundada o determinada por el dolo, se puede considerar como un antecedente de la combinación clásica dolo-imprudencia.

Un examen de la preterintencionalidad y la cualificación por el resultado en el Derecho comparado pone en evidencia de forma inmediata que la “preterintencionalidad” en los países “romanos”, en especial en España e Italia, constituye la clave de la discusión acerca de la responsabilidad objetiva y la cualificación por el resultado, mientras en Derecho alemán el tema prácticamente ni se menciona. Naturalmente, esta particularidad no justifica por sí sola el análisis del Derecho español o italiano; lo importante, en realidad, es que, aunque los dos sistemas legales en realidad se aproximan⁹, en el tema que nos concierne han seguido caminos absolutamente opuestos.

La inclusión en el estudio de otros países de Derecho continental resulta innecesaria. Sólo a modo de ejemplo merece la pena señalar que, por ejemplo, el Derecho francés -del mismo modo que el italiano- se mantiene en la idea del *versari*¹⁰, mientras en el norte (Finlandia y Suecia) -como en

² BARTOLOMEO CIPOLLA (1555), *Consilia criminalia*, citado en PERIS RIERA (1994), *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, p. 21.

³ O también: *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*.

⁴ Véase KÜPPER (1992), *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, p. 14 y ss.; también, SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 193 y ss.; LORENZEN (1981), *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, p. 35 y ss.; RENGIER (1986), *Erfolgsqualifizierten Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, p. 14; FERSCHL (1999), *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*, p. 30; PERIS RIERA, *supra*, nota 1, p. 88 y ss.; CEREZO (1982), *Problemas fundamentales del derecho penal*, p. 60; el mismo en CEREZO (1993), *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, p. 85.

⁵ Véase SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 758.

⁶ Véase SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 759; KÜPPER, *supra*, nota 3, p. 16 y ss.; RENGIER, *supra*, nota 3, pp. 14, 19, 22 y ss.; FERSCHL, *supra*, nota 3, p. 30 y ss.

⁷ Véase KÜPPER, *supra*, nota 3, p. 19 y ss.; RENGIER, *supra*, nota 3, pp. 18 y ss., 26 y ss., 33; FERSCHL, *supra*, nota 3, p. 31.

⁸ Véase también JESCHECK (1958), *Niederschriften über die Sitzung der großen Strafrechtskommission*, tomo 2, p. 249.

⁹ Acerca de los fundamentos históricos, véase JESCHECK, *supra*, nota 7, p. 248.

¹⁰ Se contempla así a través del *délit praeterintentionnel* o bien la figura del “dolo sobrepasado” (*dol dépassé*) ante la producción de un resultado grave, concreto y no previsible, como la muerte por causa de una lesión corporal (Art. 222-7, 222-8 Code pénal), la culpabilidad por el delito básico (véase DESPORTES/LE GUNEHÉC (2001), *Droit pénal general*, tomo 1, 8ª ed., p. 416 y ss.; CONTE/MAISTRE DU CHAMBON (2000), *Droit pénal general*, 5ª ed., p. 210 y ss.;

España- esencialmente, se ha renunciado al delito preterintencional¹¹. Dejando a un lado los Estados europeos continentales del Civil Law, el Derecho angloamericano opta por soluciones mucho más pragmáticas que las teóricas y dogmáticas soluciones ofrecidas por el Derecho continental europeo.

2. Situación jurídica en Italia y estado de la discusión

2.1. Preterintencionalidad y responsabilidad objetiva en la parte general

El Codice penale italiano (en adelante, CP italiano) en su redacción del Codice Rocco de 19 de octubre de 1930 determina, en el artículo 42.2¹², que el delito preterintencional, al igual que el imprudente, sólo es punible cuando está previsto en la ley de forma expresa. Sin embargo, únicamente se encuentra previsto expresamente el homicidio preterintencional (*omicidio preterintenzionale*) que, en el art. 584, se regula de la siguiente forma: “Quien mediante acciones dirigidas a la comisión de los delitos recogidos en los artículos 581 y 582 (riña y lesiones) mate a una persona, será castigado con pena de prisión de 10 a 18 años.”¹³ Además, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el artículo 18 de la Ley 194/78, de 22 de mayo, sobre la interrupción del embarazo, también prevé como delito preterintencional el aborto con resultado de muerte de la embarazada¹⁴.

En todo caso, ninguno de estos delitos da información alguna acerca de cómo debe ser entendida la conexión psicológica entre el autor y el resultado grave. También el artículo 43 CP italiano, que define el “elemento psicológico” del delito, deja abierta la cuestión de si equipara la preterintencionalidad a “que va más allá de la intención” y la define como “resultado perjudicial o peligroso que es producido mediante una acción u omisión y que resulta más grave de lo que el autor pretendía.”¹⁵ En consecuencia, la preterintencionalidad se transcribe sólo objetivamente y se traduce literalmente en un concepto. Desde luego, la cláusula “más allá de la intención” comprende todo resultado que no se extrae de la propia voluntad, es decir, que no se quiso porque fue causado con dolo eventual, de forma imprudente o sencillamente de modo objetivo.

GONNARD (1999), *Juris Classeur pénal*, Violences, Art. 222-7 a 222-16, FET 10 [5, 1999], n° 27 con otras indicaciones; GARÇON (1959), *Code pénal annoté*, Art. 309 a 311, n° 63 y ss.; en contra, RASSAT (2001), *Droit pénal spécial*, 3ª ed., p. 281). Merece la pena destacar al respecto, que la pena de la lesión leve con resultado de muerte (Art. 222-7) se sitúa, con 15 años, entre el homicidio doloso (Art. 221-1:30J) y la lesión grave (Art. 222-9: 10 J.), cumpliendo la función de colmar lagunas sostenida por RENGIER en derecho alemán (supra, nota 3, p. 132 y ss.).

¹¹ El Código Penal finlandés mantuvo, hasta 1969, una serie de reglas casuísticas para los delitos cualificados por el resultado en el capítulo 21, entre otros, en §4 la lesión con resultado de muerte (*Das Strafgesetz für das Grossfürstentum Finnland vom 19.12.1889*, Berlin, 1891, p. 30 y ss.). El actual CP finlandés mantiene todavía únicamente en el capítulo 3 § 5 (1) una disposición que establece que una acción no se castiga cuando «sucede por caso fortuito o imprudencia» (*The Penal Code of Finland*, 39/1889, as amended up to 1.1.2000; traducción del inglés). Esta disposición debe excluir sólo la responsabilidad por caso fortuito, pero no –en una interpretación a contrario– una combinación de dolo e imprudencia-. Sobre Suecia, véase CORNILS/JAREBORG (2000), *Das schwedische Kriminalgesetzbuch*, p. 10. También en Noruega la Comisión de reforma del Derecho penal se muestra favorable a la supresión de los delitos cualificados por el resultado, pero quiere llevarlo a cabo mediante una revisión de la parte especial (véase *Norges offentlige utredninger*, 1983: 57, p. 145; 1992: 23, pp. 122, 280 = §32).

¹² Los artículos sin indicación en este párrafo son los del Codice Penale.

¹³ Traducción de RIZ/BOSCH (1995), *Italienisches Strafgesetzbuch/Codice Penale Italiano*.

¹⁴ El art. 18 párrafo 1, de la Ley 194 castiga el aborto sin consentimiento de la embarazada; el párrafo 4 agrava la pena cuando «*dai fatti previsti... deriva la morte della donna...*».

¹⁵ Traducción de RIZ/BOSCH, supra, nota 12.

Ahora bien, el tenor literal y la sistemática de los artículos 42 y siguientes del CP italiano parece que pueden, como mínimo, impedir la posibilidad de equiparar la preterintencionalidad y la responsabilidad objetiva sin ulteriores consecuencias. Dado que ésta se define separadamente en el artículo 42.3, donde se menciona que la Ley determina las hipótesis en los que el resultado se imputa al autor como consecuencia de su acción u omisión en casos como los mencionados (*altrimenti*), es decir, cuando no fueran provocados ni dolosa ni imprudente o preterintencionalmente¹⁶. También la ubicación sistemática de la preterintencionalidad en el artículo 43, entre el dolo y la imprudencia, apunta a la posibilidad de que la preterintencionalidad se sitúe en algún lugar entre el dolo y la imprudencia, aun cuando, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, no pueda considerarse una tercera forma de culpabilidad (*tertium non datur*)¹⁷.

MANTOVANI se ha esforzado, respecto a la localización de la preterintencionalidad en el artículo 43, en delimitar el delito preterintencional como pura responsabilidad objetiva en el sentido del artículo 42.3¹⁸. Este autor concibe los delitos preterintencionales como combinación de dolo e imprudencia, en la línea de la teoría del *dolo misto a colpa*, porque, según su interpretación, aparte del dolo y la imprudencia no existe una tercera forma de culpabilidad¹⁹.

La responsabilidad por el resultado más grave producido presupone, de acuerdo con eso, imprudencia en el sentido de la posibilidad objetiva o subjetiva de prever estas consecuencias. Esta concepción será designada aquí *subjetivista*. Se opone a ella la llamada *objetivista*, que mantiene que el CP italiano no prevé la causación imprudente de consecuencias graves, sino que contempla más bien la preterintención como un caso de responsabilidad objetiva basada en el principio *versari*²⁰. Para la doctrina mayoritaria esto se deriva del hecho de que el legislador haya previsto expresamente con la figura del *aberratio delicti* una responsabilidad por imprudencia: según el artículo 83 CP italiano una persona es responsable por resultados no queridos a título de imprudencia (*a titolo di colpa*) cuando sea consecuencia de un error en el uso del medio de comisión o por otro motivo y el hecho esté penado como delito imprudente por la ley. El caso típico lo configura el artículo 586, según el cual el autor de la muerte no deseada o la lesión involuntaria de la víctima responderá por imprudencia. Por tanto, mientras el legislador ha previsto en los casos de *aberratio delicti* requisitos de imprudencia, en el homicidio preterintencional, prescinde de ello y deja claro que en este supuesto, la imprudencia es superflua (*ubi lex non dixit, noluit*).

Dentro de la concepción *objetivista* dominante del *dolo misto a responsabilità oggettiva/obiettiva*, se puede diferenciar entre las llamadas forma pura y moderada. Los *objetivistas puros* sólo ven en la preterintención otra forma de responsabilidad *versari*, en contraste con la responsabilidad por el resultado del 42.3. Para los *objetivistas moderados*, la preterintencionalidad es, en realidad, un caso de responsabilidad objetiva; sin embargo, ofrecen una argumentación que diferencia la preterintencionalidad de la responsabilidad objetiva pura en el sentido del art. 42.3. Para ello, emplean el concepto de riesgo o una concepción de imprudencia objetiva.

¹⁶ A este respecto, disiento de RIZ/BOSCH, quienes traducen *altrimenti* como «de otro modo».

¹⁷ Véase MANTOVANI (2001), *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., p. 270; PAGLIARO (2003), *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., p. 335; ANTOLISEI/CONTI (2000), *Istituzioni di Diritto penale*, p. 211 y ss.

¹⁸ MANTOVANI, *supra*, nota 16, p. 370 y ss.

¹⁹ Véase CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ (2004), *Comentario breve al Codice Penale*, 7ª ed., Art. 43, p. 202 y ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 170 y ss.

PADOVANI –como representante de los objetivistas puros– diferencia entre la preterintencionalidad y la responsabilidad objetiva a través del principio de indiferencia y de distinción²¹: la responsabilidad pura por el resultado del artículo 42.3 se basa en el principio de indiferencia (*principio di indifferenza*), en virtud del cual a efectos de responsabilidad objetiva es totalmente indiferente si el autor quiso la producción del resultado o no; se castiga al autor en cada caso según el correspondiente delito que la responsabilidad por el resultado dispone. A diferencia de esto, la preterintencionalidad del artículo 42.2 exige que las graves consecuencias no fueran queridas por el autor, pues de lo contrario se aplicaría el correspondiente delito doloso; se trata entonces de una responsabilidad objetiva sobre la base del principio de distinción (*principio di distinzione*) entre la producción de un resultado querido o no-querido; sólo en este caso se suscita una responsabilidad derivada del delito preterintencional. Por ejemplo: A causa a B una lesión y acepta su muerte como una posibilidad; siguiendo esta teoría no se trataría de un resultado (totalmente) no deseado, de modo que sería punible a través de homicidio doloso, pero no a través de homicidio preterintencional del art. 584. Según esta concepción, la preterintencionalidad corresponde, entonces a la teoría de la exclusividad alemana, ya que sólo comprende conductas imprudentes. Con todo, no está tan claro que, tanto con el criterio de indiferencia como con el de distinción, se trate de responsabilidad objetiva por el resultado, a pesar de la diferencia respecto a la voluntad del autor²².

Frente a esta postura, PAGLIARO –como representante del objetivismo moderado que emplea el criterio del riesgo– es de la opinión de que incluso la responsabilidad objetiva del 42.3 CP no corresponde a la responsabilidad objetiva por el resultado en sentido estricto, es decir, una responsabilidad que se base en la relación causal estricta entre la acción del autor y el resultado, sino una responsabilidad basada en un concepto de culpabilidad normativo: el reproche de culpabilidad en el sentido de la reprochabilidad se basa, entonces, en el hecho de que el autor haya asumido un riesgo “totalmente” prohibido a través de la violación de una disposición penal y de que el resultado grave sea, por ello, objetivamente previsible y evitable (*responsabilità obbiettiva come responsabilità da rischio totalmente illecito*)²³.

En esta línea, aunque por supuesto con otra terminología, CANESTRARI desarrolló la concepción de la culpa genérica objetivizada (*colpa generica oggettivizzata*)²⁴. Este autor se basa igualmente en la violación de una norma de cuidado mediante la comisión del delito principal en un contexto ilícito, por tanto quiere diferenciar la imprudencia objetiva de la subjetiva: el delito preterintencional comprende la violación de una regla de diligencia objetiva cuya meta es la evitación del riesgo en el que se incurre a través de la producción de la consecuencia y que, en la medida en que la evitación es el antecedente, se mueve en el marco de un contexto de peligro prohibido; se trata, desde el punto de vista de la estructura del tipo, de un delito doloso y un resultado objetivamente imprudente, cuyo advenimiento es objetivamente previsible a causa del

²¹ PADOVANI (2004), *Diritto penale*, 7ª ed., p. 203 y ss.

²² Por todos, FIANDACA/MUSCO (2001), *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., p. 598 y ss.; objetivista puro también MARINUCCI/DOLCINI (2004), *Corso di diritto penale 1*, 4ª ed., p. 587 y ss.

²³ PAGLIARO, *supra*, nota 16, p. 330 y ss.

²⁴ CANESTRARI (1995), *Preterintenzione*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IX, p. 694 y ss. (716 y ss., 725); del mismo (1989), *L'illecito penale preterintenzionale*.

delito principal. Este corresponde en este caso al concepto objetivo de imprudencia, que también sirvió de base a la *culpa dolo determinata* de FEUERBACH²⁵.

Resumiendo, podría afirmarse que la preterintencionalidad en la doctrina italiana puede ser entendida de tres formas, a saber, como combinación de un delito doloso con un resultado grave causado de manera puramente objetiva, mediante imprudencia objetiva o imprudencia subjetiva. Según esto, en el conocido caso del hemofílico, el que le lesione y cause su muerte, será responsable de un delito de homicidio según la teoría objetiva pura. Según el objetivismo moderado, el resultado no sería muy distinto; se justificaría en el riesgo no permitido creado por la lesión del deber de cuidado y de ahí se derivaría a una previsibilidad objetiva y a una evitabilidad en el sentido de una imprudencia objetiva. Sólo para los subjetivistas, que constituyen una minoría, sería necesario además que el autor conociera la condición de hemofílico de la víctima, para alcanzar un reproche de culpabilidad.

2.2. ¿Dónde se sitúan las fronteras constitucionales?

El objetivismo moderado que, dicho sea de paso, se sirve de la doctrina alemana de la imputación objetiva para la limitación de la responsabilidad preterintencional²⁶ -al contrario que el objetivismo puro- es absolutamente consciente de la problemática constitucional que la preterintencionalidad suscita en atención al principio de culpabilidad y, aunque se esfuerza por ello en justificar la *lex lata*, defiende que no existe infracción del artículo 27 de la Constitución italiana, que determina el principio de la responsabilidad «personal»²⁷. Desde luego, la interpretación del artículo 27 es muy controvertida²⁸.

Una concepción restrictiva ha defendido que el artículo 27 diferencia solamente entre la responsabilidad por los hechos propios, la responsabilidad por la conducta de un tercero (*responsabilità per fatto altrui*) y el caso fortuito (*caso fortuito*), pero que no pretende prohibir una responsabilidad objetiva por el resultado. Esta opinión se basa en el texto de los artículos 42 a 45, ya que, mientras el artículo 45 descarta una responsabilidad por caso fortuito, el artículo 42.3 presupone en cambio una responsabilidad objetiva por el resultado, de modo que entre estas formas de responsabilidad existe una diferencia.

Por su parte, una interpretación *estensiva* o *progresiva* del artículo 27, lo equipara al principio de culpabilidad, afirmando que, en todo caso, una responsabilidad objetiva por el resultado en el sentido del art. 42.2 y 3 es inconstitucional. Los objetivistas moderados han instituido un término medio, configurando el principio de culpabilidad en el sentido del artículo 27 como principio de reprochabilidad normativa, o sea, como un concepto de culpabilidad normativo, que no procede de la relación psicológica entre la conducta del autor y el resultado²⁹. Desde luego, también aquí debe distinguirse entre quienes defienden la responsabilidad objetiva prevista en el derecho italiano en contra los principios constitucionales y quienes mantienen que es necesaria una

²⁵ Véase supra, nota 6; así como JESCHECK, supra, nota 7, p. 249 y ss.

²⁶ Véase CANESTRARI, supra, nota 23, p. 704 y ss.

²⁷ Art. 27.1: «*La responsabilità penale e personale*».

²⁸ Véase el punto de vista de PAGLIARO, supra, nota 16, pp. 319 y 320.

²⁹ PAGLIARO, supra, nota 16, p. 321 y ss.

interpretación “racional” de la *lex lata*, sin querer por ello excluir propuestas de política criminal *de lege ferenda*³⁰.

El Tribunal Constitucional, en una sentencia fundamental a la par que salomónica de 24 de marzo de 1988³¹, estableció que el artículo 27 debe ser interpretado como principio de culpabilidad³² y por eso requiere la “imprudencia del agente” (*colpa dell’agente*) en atención a los “elementos más significativos del tipo” (*elementi più significativi della fattispecie tipica*)³³; sin embargo, continua el Tribunal, el artículo 27 no debe prohibir de forma absoluta la responsabilidad objetiva³⁴.

Teniendo en cuenta estas dos afirmaciones, que a primera vista resultan contradictorias, sólo pueden interpretarse en el sentido de que, en realidad, la responsabilidad objetiva no es contraria al Derecho constitucional cuando versa sobre elementos del tipo “no significativos”, es decir, no constitutivos del tipo de injusto. Para los restantes se exigiría desde el punto de vista constitucional, como mínimo, una conducta imprudente.

Ahora bien, cuando se producen consecuencias graves derivadas de un delito preterintencional esto comporta un injusto adicional que justifica una punición más severa³⁵ y que por tanto representa un elemento del tipo constitutivo de injusto, de modo que se debe deducir la exigencia constitucional de que el autor haya actuado, como mínimo, con imprudencia. Como consecuencia, una comisión de reforma del Ministerio de Justicia establecida el 1 de octubre de 1998 dispuso la derogación de las disposiciones referentes a preterintención, responsabilidad objetiva en sentido estricto y *aberratio delicti*³⁶.

Merece la pena señalar aunque sea brevemente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) concibe el principio de culpabilidad de forma tan estrecha como la denominada “interpretación restrictiva”, esto es, como correlato del principio de presunción de inocencia procesal del art. 6.2 de la [Convención Europea de Derechos Humanos](#) (en adelante, CEDH): un sector entiende esto como responsabilidad personal (por ejemplo, de los herederos) que descarta la responsabilidad por la conducta de un tercero (testador)³⁷. Otro sector lo concibe como un requerimiento a los Estados parte de limitar “racionalmente” el reconocimiento

³⁰ Véase CANESTRARI, quien aboga por la supresión de los delitos preterintencionales pero defiende la necesidad de una interpretación de la ley en función del derecho positivo en vigor (CANESTRARI, *supra*, nota 23, p. 719).

³¹ Decisión della Corte Costituzionale- n° 364, p. 1504 y ss.

³² *Ibid.*, pp. 1512 y ss. (número 8), 1513 y ss.: «Il principio di colpevolezza è... indispensabile, ... rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate... quando il soggetto foie chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione al quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa...».

³³ *Ibid.*, p. 1517, número 11.

³⁴ *Ibid.*, p. 1519, número 12: «... non contiene un tassativo divieto di “responsabilità oggettiva”».

³⁵ Véase CANESTRARI, *supra*, nota 23, p. 705 en referencia al estado de la discusión en Alemania.

³⁶ Véase Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice Penale, Progetto preliminare di Riforma del Codice Penale Parte Generale, Relazione, B. 2.3. Colpevolezza

http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/comm_grosso2.htm.

³⁷ *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, Judgement 29.8.1997, RJD 17 (1997-V S. 1477), para. 44ff.(48); *E.L., R.L. and J.O.-L. v. Switzerland*, Judgement 29.8.1997, RJD 17 (1997-V S. 1509), para. 49 ff. (53): «It is a fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act».

admisible de la responsabilidad objetiva³⁸ en el Derecho penal nacional y el empleo de presunciones fácticas y jurídicas³⁹, teniendo en cuenta, ante todo, los derechos de defensa⁴⁰. Además, el Tribunal no examina la compatibilidad abstracta de las disposiciones penales objetivas con la CEDH sino sólo si su concreta aplicación judicial constituye una infracción del art. 6.2 CEDH⁴¹.

2.3. Preterintencionalidad y cualificación por el resultado

Otra cuestión muy importante para el Derecho alemán reside en cómo se comportan los delitos preterintencionales respecto a los delitos cualificados por el resultado. En este aspecto, la situación jurídica en Alemania antes de la implantación del §56 del Strafgesetzbuch (StGB, en adelante) en su antigua versión (§8 StGB en su nueva versión) en 1953⁴² parece servir de base, según la doctrina mayoritaria, a la concepción de la preterintencionalidad en el Derecho italiano. Por consiguiente, la preterintencionalidad parece corresponder a la cualificación por el resultado, ya que en ambos casos un tipo básico doloso causa una consecuencia grave no querida. Se entiende entonces la cualificación por el resultado en el sentido de responsabilidad objetiva. Por desgracia, la teoría italiana no es tan fácil, ya que diferencia entre dos tipos de delitos cualificados por el resultado: en unos es indiferente si el resultado grave es querido o no por el autor; en los otros, sí interesa porque la causación voluntaria del resultado constituirá un delito doloso independiente⁴³.

Al primer grupo pertenecen delitos como la denuncia falsa (art. 368) o el falso testimonio y la estafa procesal (arts. 372 y siguientes, art. 375), que se distinguen en que el resultado grave no tiene, desde el punto de vista del tipo, un carácter independiente. Así ocurre en el caso de la denuncia falsa, donde el resultado sólo afecta a la pena que oscila entre privación de libertad de 5 años a la cadena perpetua⁴⁴. Al segundo grupo pertenecen principalmente los delitos cualificados por el resultado de muerte, como los malos tratos en la familia o a niños (art. 572) o el abandono de menores o personas desamparadas (Art. 591). Se trata de delitos en los que la producción del resultado grave constituye un tipo penal independiente, de forma que la comisión dolosa conduciría a la punibilidad de ese tipo doloso.

En el primer grupo, la responsabilidad por el resultado grave es independiente de la voluntad del autor y se trata de un caso de responsabilidad objetiva del art. 42.3 CP italiano en la línea del

³⁸ *Salabiaku v. France*, Judgement (merits) 7.10.1988, Serie A Tomo141 A, para. 26ff (27): «... the contracting states may... penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or form negligence». Confirmado en *Pham Hoang v. France*, Judgement (merits) 25.9.1992, Serie A Tomo 243, para. 32 ff. En contra de ambas resoluciones estaban los artículos 392 (1) y 369 (2), 373 y 399 de la ley de aduanas francesa.

³⁹ *Salabiaku v. France*, supra, nota 37, párrafo 28: «Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle».

⁴⁰ *Salabiaku v. France*, supra, nota 37, párrafo 28: «It (Art. 6[2] EMRK, Verf.) requires States to confine them (presumptions of fact or law) within responsible limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence».

⁴¹ *Salabiaku v. France*, supra, nota 37, párrafo 30.

⁴² Véase RENGIER, supra, nota 3, p. 60.

⁴³ Véase sobre esta conocida diferenciación, MANTOVANI, supra, nota 16, p. 406 y ss.; PADOVANI, supra, nota 20, p. 207; FIANDACA/MUSCO, supra, nota 21, p. 601 y ss.; ANTOISEI/CONTI, supra, nota 16, p. 213 y ss.

⁴⁴ Según el art. 368 (3) el autor, es decir el falso denunciante, será castigado con una pena de 4 a 12 años, cuando el hecho, es decir la denuncia falsa, tuviera por consecuencia una sentencia de pena de prisión de más de 5 años o de cadena perpetua.

principio de la indiferencia, desarrollado por PADOVANI para distinguir preterintencionalidad y responsabilidad objetiva⁴⁵. Desde el punto de vista material se puede entender la circunstancia agravante como condición objetiva de punibilidad. Por el contrario, los delitos del segundo grupo, denominados delitos dolosos cualificados por el resultado no querido “necesariamente” (*delitti dolosi aggravati dall’evento “necesariamente” non voluto*) corresponden a la preterintencionalidad y se basan en el principio de distinción⁴⁶.

Con ello, las vigentes teorías de la preterintencionalidad encuentran aplicación también en estos delitos; de acuerdo con la doctrina mayoritaria, éstos también se consideran casos de responsabilidad objetiva en cuanto al resultado. Quien, con la actual situación jurídica, ve en este punto una infracción del principio de culpabilidad, sólo puede solventarlo abogando por que los delitos cualificados por el resultado no querido “necesariamente” no sean interpretados como tales, sino como meras circunstancias agravantes. En consecuencia, el autor debe haber procedido, como mínimo, con imprudencia según lo establecido en el artículo 59.2 CP italiano acerca de la agravante⁴⁷.

Sin embargo, esta equiparación entre cualificación por el resultado y agravante es rechazada incluso por los subjetivistas. El argumento decisivo pertenece a MANTOVANI: una equiparación sometería a estos delitos a los principios del artículo 69 CP italiano (concurso de circunstancias agravantes y atenuantes), lo que provocaría que el resultado grave, como la muerte de la víctima, se compensara con una atenuante y de este modo podría ser contrarrestado⁴⁸. Como resultado, el contenido de injusto especial de los delitos cualificados por el resultado se convertiría así en una mera circunstancia a considerar en el marco de la determinación de la pena. Lo cual implica que los delitos cualificados por el resultado no querido “necesariamente” representarían tipos autónomos que corresponderían por su estructura a los delitos preterintencionales. Estos casos, según la actual situación jurídica en Italia son, junto al homicidio preterintencional y el aborto con resultado de muerte, supuestos de responsabilidad objetiva.

3. Análisis crítico de la situación jurídica en España

El Derecho español estuvo muy influido por el Derecho italiano⁴⁹ y no fue hasta 1983 cuando el legislador español se fue alejando lentamente de la influencia italiana⁵⁰. Pueden diferenciarse tres fases distintas.

⁴⁵ Véase el texto, supra, nota 20.

⁴⁶ Véase CANESTRARI, supra, nota 23, p. 699 y ss.; PADOVANI, supra, nota 20, p. 208; MANTOVANI, supra, nota 16, p. 406 y ss.

⁴⁷ Al respecto, FIANDACA/MUSCO, supra, nota 21, pp. 603-604.

⁴⁸ Véase MANTOVANI, supra, nota 16, p. 408.

⁴⁹ Véase PERIS RIERA, supra, nota 1, pp. 39 y ss., 49, 298.

⁵⁰ Sobre la regulación de la preterintencionalidad en el CP de 1848, véase CARDENAL MURILLO (1990), *La responsabilidad por el resultado en derecho penal*, p. 227 y ss.

3.1. Hasta la reforma de 1983

Hasta 1983 existían en el Código penal español (en adelante, CP) tres disposiciones relativas a la preterintencionalidad⁵¹, que, de acuerdo con la teoría clásica de *Silvela*, se distinguían por el hecho de que el resultado causado por el autor fuera distinto o *más grave* del que el autor quería causar⁵².

La responsabilidad por un resultado *distinto*, también llamada *preterintencionalidad heterogénea*⁵³, se basaba en el art. 1 párrafo III y art. 50 del CP en vigor hasta 1983⁵⁴. Los diferentes tipos de delitos se determinaban de acuerdo con los diferentes bienes jurídicos del delito básico y el resultado, con lo cual surgía un *concurso* de delitos: si el autor quería cometer una lesión pero, de hecho, causaba la muerte de la víctima, según el artículo 150 CP de la antigua versión, se castigaba como una lesión dolosa combinada con homicidio (imprudente), aplicando los marcos penales del límite máximo establecido para la lesión corporal simple o grave⁵⁵. Si, en este caso, faltara también el dolo de lesionar, se le condenaría por homicidio imprudente⁵⁶. Por tanto, la diferencia entre delito básico y la consecuencia puede ser consecuencia del hecho de que el resultado sobrevenido se desviara considerablemente del querido. Por ejemplo: una pedrada en un escaparate mata a la persona que se encuentra detrás de éste. También este caso se sancionaría conforme a las reglas de solución de concurso de delitos.

Con respecto a la responsabilidad por el resultado *más grave* -*preterintencionalidad homogénea*⁵⁷ -el punto de partida legal se encontraba en el artículo 9.4 del CP⁵⁸. Existía causa de atenuación cuando el autor quería cometer un delito menos grave del que de hecho cometió. Se trata, por tanto, de casos en los que el autor lesiona el mismo bien jurídico pero el resultado es más grave del que proyectaba cometer. Por ejemplo: en lugar de una lesión leve, el autor comete, sin querer, una lesión grave. Se le condenaba, entonces, por un delito doloso pero atenuando la pena.

Desde luego, la jurisprudencia también ha empleado la disposición del art. 9 n° 4 para castigar los casos de preterintencionalidad heterogénea como delito doloso atenuado. Por lo tanto, en vez

⁵¹ Acerca del antiguo art. 8 CP, que descarta la responsabilidad por caso fortuito sólo con ocasión de una acción precedente permitida («en ocasión... de un acto ilícito») y que más tarde sería sustituido por el art. 6 bis, véase MAQUEDA ABREU (1987), *Cuadernos de Política Criminal (CPC)* pp. 201, 231 y ss.; CEREZO, *Problemas*, supra, nota 3, p. 62 y ss.; el mismo, *Estudios*, supra, nota 3, p. 86; SUÁREZ MONTES (1993), *CPC*, p. 95 y ss.; acerca de su origen histórico, CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, pp. 162 y ss., 301 y ss.

⁵² Véase acerca de SILVELA en GIMBERNAT (1966), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 204 y ss.; CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, p. 108 y ss.; también CEREZO, *Problemas*, supra, nota 3, p. 61. En contra de este punto de vista BACIGALUPO (1994), *Principios de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., p. 253 (la 4ª ed. omite este tema).

⁵³ Sobre este asunto MOSCOSO DEL PRADO y MUÑOZ/RUIZ DE ERENCHUN (1976), *Código Penal*, p. 19 y ss.; MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 205 y ss.; CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, p. 375 y ss.; también, LUZÓN PEÑA (1996), *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 538.

⁵⁴ Según el artículo 1 párrafo III en su antigua versión sólo se puede castigar a quien comete a propósito un delito grave o menos grave, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. Según el artículo 50 en su antigua versión se aplicará la pena más alta del delito menos grave. Sobre el origen del artículo 1 párrafo III en su antigua versión, que originariamente servía de solución para los supuestos de *error in persona* y *aberratio ictus*, véase CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, pp. 243 y ss., 349 y ss.; CEREZO, *Problemas*, supra, nota 3, p. 65 y ss.; MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 194 y ss.

⁵⁵ Véase CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 87.

⁵⁶ Véase MOSCOSO DEL PRADO y MUÑOZ/RUIZ DE ERENCHUN, supra, nota 52, p. 108.

⁵⁷ Sobre este asunto, MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 202 y ss.; CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, p. 364 y ss.; también, LUZÓN PEÑA, supra, nota 52, p. 538.

⁵⁸ Art. 9 n° 4: «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad».

de utilizar, en el caso de lesión, las reglas de concurso del art. 1 párrafo III combinado con el art. 50 señaladas antes para la lesión con resultado de muerte, se condenaba al autor por *homicidio doloso atenuado*⁵⁹. Con motivo de esta práctica, se originó en España el concepto de *homicidio (doloso) preterintencional*.

En el caso de una desviación demasiado grande entre el resultado previsto en el delito básico y el producido realmente, aún cabía la posibilidad de castigar por el resultado a título imprudente⁶⁰. La doctrina no sólo sostenía la incompatibilidad de esta tendencia con el principio de culpabilidad⁶¹, sino también la contradicción existente en la aplicación de la atenuante como solución, porque el Tribunal Supremo (en adelante, TS) para fundamentar la punibilidad de un delito doloso debía, por una parte, presuponer el dolo (del homicidio), el cual, por otra parte, debía ser rechazado en aplicación del art. 9.4⁶². De hecho, la jurisprudencia admitió también la diferenciación entre preterintencionalidad homogénea y heterogénea y criticó esto, recurriendo al art. 9.4 para la imposición de una pena adecuada a la culpa⁶³.

3.2. Hasta la reforma de 1995

Con la reforma del CP llevada a cabo por la [Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal](#) (BOE nº 152, de 27.6.1983), se derogaron las disposiciones relativas a la preterintencionalidad heterogénea; sin embargo, se conservó la atenuante del art. 9.4^a CP⁶⁴. Como novedad, se introdujo en el art. 1, párrafo II, el principio de responsabilidad subjetiva a través de la fórmula “no hay pena sin dolo o culpa”⁶⁵. Desde luego, esta cláusula recoge el principio de culpabilidad en atención a su contenido material pero, especialmente, a su contenido normativo⁶⁶.

Además, se incorporó literalmente en el artículo 1 inciso segundo, párrafo II⁶⁷ la solución alemana en vigor para los delitos cualificados por el resultado, como el aborto con resultado de muerte

⁵⁹ Véase GIMBERNAT, supra, nota 51, p. 203 y ss.; CEREZO, *Problemas*, supra, nota 3, p. 61 y ss.; CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, p. 345 y ss.; LUZÓN PEÑA, supra, nota 52, p. 539.

⁶⁰ Véase CARDENAL MURILLO, supra, nota 49, p. 347 y ss.; MOSCOSO DEL PRADO y MUÑOZ/RUIZ DE ERENCHUN, supra, nota 52, p. 20, 112. Acerca de la problemática delimitación entre supuestos de preterintencionalidad y “desviación” véase PERIS RIERA, supra, nota 1, p. 58 y ss., (63).

⁶¹ Por todos, CEREZO, *Problemas*, supra, nota 3, pp. 60, 73, 90 y ss., 103.

⁶² Véase MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 198 y ss., 212; CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 87; SUÁREZ MONTES (1993), *CPC*, p. 100; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2004), *Derecho Penal. Parte General*, 6^a ed., p. 293 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho Penal. Parte General*, 5^a ed., p. 546 y ss., en supra, nota 44.

⁶³ Véase MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 205 y ss.

⁶⁴ Véase acerca de la reforma llevada a cabo con esta ley, PERIS RIERA, supra, nota 1, p. 130 y ss.; también, CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 83 y ss.; SUÁREZ MONTES (1999), en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Art. 1 a 18, p. 168 y ss.

⁶⁵ Art. 1 párrafo II: «No hay pena sin dolo o culpa»; al respecto véase GOMEZ DE LIAÑO *et al.* (1984), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, 2^a ed., p. 22; CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 84.

⁶⁶ Véase la crítica correspondiente en la doctrina, CEREZO (2000), *Derecho Penal. Parte general- Lecciones*, 2^a ed., p. 15 y ss.; VIVES ANTÓN (1996), en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al CP de 1995*, tomo II, p. 60; COBO/VIVES, supra, nota 61, p. 545 y ss.; SUÁREZ MONTES habla de «referibilidad subjetiva personal individualizada» (SUÁREZ MONTES, supra, nota 63, p. 174 y ss.); LUZÓN PEÑA habla de «principio de responsabilidad subjetiva» (LUZÓN PEÑA, supra, nota 52, p. 535 y ss.); a comparar con el mismo (1999), *Observaciones sobre culpabilidad y pena en el CP de 1995*, en CEREZO *et al.* (Coord.), *Libro homenaje a Torío López*, Comares, Granada, p. 162 y ss.

⁶⁷ Art. 1 párrafo III en su antigua versión : «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».

(art. 411 en su antigua versión) o el abandono de niños con resultado de muerte (art. 488 en su antigua versión)⁶⁸.

Finalmente, fue introducido el art. 6 bis b) que excluía por principio la responsabilidad por caso fortuito⁶⁹, independientemente de la licitud de la conducta precedente⁷⁰. Sin embargo, esta disposición correspondiente al art. 45 CP, en contraposición a esto, ha sido interpretada desde siempre por la doctrina española como equivalente del art. 1 párrafo II y como confirmación del principio de responsabilidad subjetiva. De acuerdo con esto, se puede suponer el caso fortuito ante la falta de dolo o imprudencia sin mayores problemas⁷¹. Esto en realidad significa que en el artículo 1 párrafo II todo lo esencial está recogido⁷².

Su carácter inequívoco se relativiza con la conservación del artículo 9.4 CP como expresión del principio de preterintencionalidad homogénea y la introducción del §18 StGB en el art. 1 párrafo III. La expresión “versarismo atenuado” se empezó a utilizar a partir de ese momento⁷³. Lo que inicia el art. 9.4, o lo que, en general, se temía que iniciara, era que el Tribunal Supremo ahora -en consonancia con su antigua práctica- solucionara así todos los supuestos de preterintencionalidad heterogénea -especialmente los de causación imprudente de muerte por una lesión- y, por consiguiente, los castigara como un delito doloso atenuado⁷⁴.

En realidad, estos temores se mostraron infundados⁷⁵ y el propio Tribunal Supremo acabó con la preterintencionalidad en su antigua forma⁷⁶ mediante una sentencia fundamental de 28 de marzo de 1984⁷⁷. Con esta decisión, que tenía por objeto una disputa matrimonial con resultado de muerte de la mujer, el Tribunal modificó⁷⁸ su opinión anterior⁷⁹, según la cual la preterintencionalidad se concebía como una tercera forma de culpabilidad, y caracterizó el delito preterintencional como combinación de dolo e imprudencia en la línea del nuevo art. 1 párrafo III⁸⁰. En los casos de preterintencionalidad heterogénea sólo podía aplicarse la solución del concurso⁸¹, con lo cual aquel caso concreto sería considerado como un concurso de lesiones dolosas y homicidio imprudente⁸².

⁶⁸ Véase SUÁREZ MONTES (1993), *CPC*, p. 97 y ss.; también, GÓMEZ BENÍTEZ (1988), *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 88 y ss.

⁶⁹ Art. 6 bis apartado b) CP: “Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará caso fortuito y no será punible”.

⁷⁰ Para el antiguo art. 8 CP véase supra, nota 50.

⁷¹ Véase MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 234 y ss.

⁷² *Ibid.*, 194.

⁷³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1990), *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., p. 490.

⁷⁴ Véase HUERTA TOCILDO, *La Ley 1984-4*, p. 198; MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 208; CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 89.

⁷⁵ MAQUEDA ABREU reconoce un “cambio de mentalidad” también en el juez (MAQUEDA ABREU [1987], *CPC*, p. 209); también CEREZO conviene en la gran “sensibilidad” del TS en esta materia, (CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 90).

⁷⁶ Véase el título del comentario de HUERTA TOCILDO a esta sentencia: “Adiós al homicidio preterintencional”, *La Ley*, 1984-4, p. 191 y ss.

⁷⁷ HUERTA TOCILDO (1984), supra, nota 73, p. 191 y ss.

⁷⁸ TS, supra, nota 75, p. 195; igualmente, LUZÓN PEÑA, supra, nota 52, p. 533.

⁷⁹ Al respecto, MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 198.

⁸⁰ TS, supra, nota 75, pp. 191, 194 y 199.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 191 y 198.

⁸² *Ibid.*, p. 200 y ss.

El Tribunal Supremo confirmó esta opinión más tarde, en el caso de un golpe con la palma de la mano en el cuello de la víctima que, como consecuencia del golpe, murió en el acto⁸³. Prescindiendo del aspecto menos convincente de la sentencia en cuanto al tipo de concurso –si se trataba en ambos casos de una sola conducta o si se trataba en el primer caso si se trataba de una unidad de acción natural o típica, mientras en el segundo de una acción en sentido natural- esta teoría ha sido, en general, celebrada⁸⁴. Por supuesto, con ello no quedaban resueltos todos los problemas, sobre todo aquellos de interpretación y determinación de la pena a través del art. 1 párrafo III CP.

En España la cuestión se planteó como en Alemania, es decir, en términos de cómo podía entenderse la fórmula “al menos, por culpa”. Una parte de la doctrina propuso una interpretación literal - de conformidad con la doctrina mayoritaria alemana⁸⁵-, de forma que también fueran imputadas aquellas consecuencias que estuvieran en los marcos de cualificación por el resultado y que fueran causadas dolosamente⁸⁶. Esto significaba, por una parte, que la causación imprudente de consecuencias sería equiparada a las dolosas⁸⁷ y, por otra, que el autor que actuaba con dolo sería privilegiado: se castigaría más levemente el caso de aborto con resultado de muerte donde la muerte de la embarazada fuera llevada a cabo dolosamente en virtud de la aceptación de la cualificación del resultado (art. 411 del CP de 1973), que un concurso entre la muerte dolosa y un aborto; frente a eso, se castigaría al autor que actuara imprudentemente, en la hipótesis de la cualificación por el resultado, de manera más severa que en el caso de concurso⁸⁸.

Según el párrafo 1º del art. 411 del CP de 1973, el aborto con resultado de muerte causado dolosa o imprudentemente se castigaba siempre con *reclusión menor*, lo que suponía una pena privativa de libertad *de 12 a 20 años* (art. 30 y 62 del CP de 1973). En caso de concurso ideal entre el delito básico de aborto y el homicidio *doloso*, de acuerdo con el artículo 71 párrafo II del CP de 1973, se tomaban en consideración los marcos penales del delito más grave “en su grado máximo”, es decir, los del homicidio doloso. Se admitía el llamado principio de exasperación o de “absorción agravada”, según el cual, la pena del delito más grave se aumentaba en un grado⁸⁹. Igualmente,

⁸³ STS, 2ª, 19.5.1997 (Ar. 4506; MP: José Antón Martín Pallín). Véase también STS, 2ª, 23.5.2000 (Ar. 6102; MP: Roberto García-Calvo y Montiel).

⁸⁴ Véase, a propósito de la mencionada sentencia, HUERTA TOCILDO, *supra*, nota 73, pp. 197 y 202; MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 217; CEREZO, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 90; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (1994), *Manual de Derecho penal. Parte general.*, 4ª ed., p. 375; sobre el concurso ideal también, LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 542.

⁸⁵ HRUSCHKA mantiene una interpretación extensiva en el caso de lesión con resultado de muerte (HRUSCHKA [1967], *GA*, p. 42 y ss.); véase también SCHROEDER (1994), *LK-StGB*, 11ª ed., §18, Rn 25; SOWADA (1995), *Jura*, p. 645 y ss.; PAEFFGEN (1997), *NK*, §18, marginal 85 y ss., §226 marginal 30; LACKNER/KÜHL (2001), *StGB*, 24. Aufl. 2001, §18, marginal 3; FERSCHL, *supra*, nota 3, p. 192 y ss. (194 y ss.); también BUSSMANN (1999), *GA*, 21 y KÜPPER ofrece referencias acerca de la decisión del legislador de optar por la teoría del concurso a través de la introducción de la fórmula “al menos por imprudencia temeraria” en el art. 6 StrRG (sobre esto BTDrS 13/9064, p. 11 y ss.) [KÜPPER (1999), *ZStW* 111, p. 800]; también KÜHL (2000), en ROXIN/WIDMAIER (Coord.), *Festgabe BGH*, tomo IV, p. 242. Para una restricción de la imprudencia (teoría de la exclusividad) véase RENGIER, *supra*, nota 3, p. 115 y ss.; críticas al respecto, en PAEFFGEN (1989), *JZ*, p. 222 y ss.

⁸⁶ Así, Díez-Ripollés que recomendaba la supresión del “al menos” y así solo contempla la combinación de dolo-imprudencia como cualificación por el resultado (DÍEZ-RIPOLLÉS [1982], *ADPCP*, p. 629 y ss.); de acuerdo, CEREZO, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 92 y ss.; en contra, con argumentos teleológicos, sistemáticos y de política criminal, GÓMEZ BENÍTEZ, *supra*, nota 67, p. 110 y ss.

⁸⁷ Críticas al respecto también en BUSTOS/HORMAZÁBAL, *supra*, nota 83, p. 373; en general, CARDENAL MURILLO, *supra*, nota 49, p. 385 y ss.

⁸⁸ Véase CEREZO, *Estudios*, *supra*, nota 3, p. 95; también LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 550; HORMAZÁBAL (1997), *JpD*, nº 29 (julio), p. 54; SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 171.

⁸⁹ Véase CEREZO, *supra*, nota 65, p. 265.

según el artículo 407 CP de 1973, el homicidio doloso se castigaba con *reclusión menor*, pero por efecto del concurso ideal se habría de castigar en su grado máximo, es decir, con una pena de *17 años y 4 meses a 20 años*, de forma que una condena por cualificación del resultado sería más ventajosa para el autor.

Ante la causación imprudente de la muerte, ocurre a la inversa. Al respecto, se podían diferenciar cuatro variantes: concurso ideal entre aborto doloso sin consentimiento de la embarazada y homicidio por imprudencia grave (arts. 411.1, 565, 71 párrafo II); aborto sin consentimiento y homicidio por imprudencia leve (arts. 411.1, 568bis, 71 párrafo II); aborto con consentimiento y homicidio por imprudencia grave (arts. 411.2, 565, 71 párrafo II); aborto con consentimiento y homicidio por imprudencia leve (arts. 411.2, 568 bis, 71 párrafo II).

En los dos primeros casos el delito más grave era el aborto (sin consentimiento), que estaba penado con *reclusión mayor*, es decir, de *6 a 12 años* (art. 30, 62 CP de 1973). Igualmente, en los dos últimos casos, la pena del aborto (con consentimiento) era la que debía tenerse en cuenta, aunque, en el tercer caso, el homicidio por imprudencia grave tenía la misma pena atribuida, a saber, *reclusión menor* de 6 meses a 6 años (art. 30, 62 CP de 1973). Según el art. 71.2 la pena correspondiente por el concurso ideal en su grado máximo es de *10 a 12 años* o bien de *4 años y 2 meses a 6 años*, lo cual es, en todo caso, menor que la cualificación por el resultado del art. 411 en su antigua versión.

La doctrina española pretendía impedir privilegiar al autor que actuaba con dolo en relación con el resultado a través de la sanción del delito doloso en concurso ideal, pero lo hacía sin basarse en que el delito doloso grave -que, en nuestro ejemplo, era el homicidio doloso del art. 407 CP- desplaza la cualificación por el resultado del concurso de leyes, sino recurriendo al principio de *alternatividad* entre la cualificación por el resultado y el concurso ideal de delitos (art. 68 CP de 1973; art. 8.4 CP de 1995) y tomando la pena del delito más grave⁹⁰.

El Tribunal Supremo quería reducir el privilegio del autor doloso, en el que veía una infracción contra el principio de proporcionalidad de la pena, porque debía tener en cuenta un delito cualificado por el resultado sólo en caso de existencia de dolo eventual⁹¹. Esta solución evitaba la complicada solución de *alternatividad* de la doctrina en caso de concurrencia de dolo directo, pero había que objetar que debía rechazarse que la interpretación dominante del artículo 1 párrafo III contradijera y disimulara la calificación del legislador, que manifestó motivos de carácter preventivo-general para la primacía del principio de proporcionalidad⁹².

Esta discusión pone de manifiesto que ha tenido lugar un doble traslado del problema: de la preterintencionalidad a la cualificación por el resultado en la línea alemana, por un lado, y de la conveniente motivación de la pena para la determinación adecuada de la pena, por otro. Para la

⁹⁰ CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 95.

⁹¹ Véase MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 224 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, supra, nota 67, p. 89 y ss., 108 y ss.; CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 93 y ss. Para el reconocimiento del principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase también, BACIGALUPO (1999), *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en CEREZO et. al. (1999), *Libro homenaje a Torío López*, supra, nota 65, p. 34 y ss.

⁹² CEREZO, *Estudios*, supra, nota 3, p. 94 y ss.; Sobre el TS también MAQUEDA ABREU (1987), *CPC*, p. 224 y ss. (229 y ss.); LUZÓN PEÑA, supra, nota 52, p. 550; GÓMEZ BENÍTEZ rechaza una combinación dolo-dolo (GÓMEZ BENÍTEZ, supra, nota 67, pp. 90, 108 y ss.).

mayoría de la doctrina española esto constituyó un motivo suficiente para pedir la derogación del art. 9.4ª y de los delitos cualificados por el resultado⁹³ -en consonancia con una opinión constatable en la doctrina alemana (especialmente JESCHECK,⁹⁴ LORENZEN⁹⁵, SCHUBARTH⁹⁶ y el Proyecto Alternativo de Código Penal)⁹⁷-.

En Alemania ha sido especialmente conocida la opinión de DíEZ-RIPOLLÉS⁹⁸. Este autor fundamentó esta exigencia con la doble valoración del injusto en los delitos cualificados por el resultado⁹⁹ y, por ello, propuso la creación de tipos de peligro concreto, que consistieran en un tipo de resultado doloso y un tipo de peligro concreto doloso¹⁰⁰. Este tipo de peligro sólo sería aplicable cuando el resultado grave no se diera; por lo demás, se castigaría según las reglas del concurso ideal¹⁰¹. Finalmente, esta opinión ha prevalecido en España.

3.3. El Código penal de 1995: ¿el final de la preterintencionalidad y la cualificación por el resultado?

La mencionada crítica ha llevado a que el legislador de 1995 haya derogado tanto el artículo 9.4ª CP -introducido en 1983- como el art. 1 párrafo III CP, es decir, el equivalente al §18 StGB; el artículo 1.2 CP¹⁰² se mantuvo en la materia así como el artículo 5¹⁰³. Si bien el intento de 1983 de “expulsar la responsabilidad objetiva en todas sus expresiones de nuestro sistema penal”¹⁰⁴ no fue totalmente exitoso, la reforma de 1995 ha eliminado todas las reminiscencias de la responsabilidad *versarista* de la parte general del Código Penal. Esto trajo consigo que, ante una forma dolosa débil, se excluyera el recurso a la atenuante del art. 9.4ª CP de 1973, en la línea de una aplicación analógica del nuevo artículo 21.6 CP¹⁰⁵ y que se determinase la pena bien como tipo doloso o bien imprudente¹⁰⁶.

Así, el Tribunal Supremo¹⁰⁷ decidió, en el caso de un coautor en un robo con violencia de un monedero, que no podía aplicarse una atenuación con motivo de la preterintencionalidad basada en el conocimiento por parte del autor del concreto peligro de su acto porque “en un Derecho penal moderno, la preterintencionalidad relevante para atenuar la pena del dolo es únicamente la

⁹³ Véase BUSTOS/HORMAZÁBAL, *supra*, nota 83, p. 372 y ss. (374); COBO/VIVES, *supra*, nota 61, p. 546 y ss.; en general, también, BACIGALUPO, *supra*, nota 51, p. 252 y ss.

⁹⁴ JESCHECK, *supra*, nota 7, p. 248; LANGE, *ibid.*, p. 255.

⁹⁵ LORENZEN, *supra*, nota 3, pp. 88, 158 y ss., 164 y ss.

⁹⁶ ZStW 85 (1973), p. 754 y ss. (769: infracción del mandato de igualdad, 771, 775).

⁹⁷ AE-BT, Delitos contra las personas, 1970, p. 45 (advertencia al §108). Para la lesión grave se prevé una combinación dolo-dolo, §110 II (*ibid.*, p. 49; al respecto también DíEZ-RIPOLLÉS, ZStW 85 [1973], 1075 y ss.).

⁹⁸ DíEZ-RIPOLLÉS (1984), ZStW 96, 1059.

⁹⁹ DíEZ-RIPOLLÉS (1984), ZStW 96, p. 1070; DíEZ-RIPOLLÉS (1983), ADPCP, pp. 106 y ss.; en la misma línea, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *supra*, nota 83, p. 373.

¹⁰⁰ DíEZ-RIPOLLÉS (1984), ZStW 96, pp. 1059, 1074 y ss. (1087); DíEZ-RIPOLLÉS (1983), ADPCP, p. 112 y ss. (124 y ss.); así mismo CEREZO, *supra*, nota 65, p. 19 *supra*, nota 24.

¹⁰¹ DíEZ-RIPOLLÉS (1984), ZStW 96, p. 1088 y ss.; el mismo (1983), ADPCP, p. 125.

¹⁰² Véase *supra*, nota 64.

¹⁰³ El artículo 5 dice: «No hay pena sin dolo o imprudencia»; crítica sobre este aspecto, *supra*, nota 65.

¹⁰⁴ Explicación oficial de la Ley 8/1983, de 25 de junio, referido en DíEZ-RIPOLLÉS (1984), ZStW, 96, 1059.

¹⁰⁵ Art. 21 n° 6 recoge una atenuante ante “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

¹⁰⁶ Crítica al respecto, HORMAZÁBAL (1997), *JpD*, julio, 55. También SUÁREZ MONTES lamenta la supresión del art. 9 n° 4, ya que también en el nuevo CP -independientemente de los delitos cualificados por el resultado- existen aún numerosos tipos preterintencionales (SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 205 y ss.).

¹⁰⁷ STS, 2ª, 8.7.1998 (Ar. 5816, MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

imprudencia”¹⁰⁸. Por tanto, se excluye la preterintencionalidad como atenuante y se considera el grado doloso más o menos intenso solamente dentro del marco penal de los delitos dolosos e imprudentes. Ante la falta de dolo, se sostiene la atenuación de la pena en la condena, en el marco penal de los delitos imprudentes.

En la misma dirección fue la decisión del Tribunal Supremo, reflejada en la Sentencia del 3 de octubre de 2000¹⁰⁹, en la que rechazó una aplicación analógica del artículo 21.6 –en el sentido del artículo 9.4ª CP de 1973– en el caso de lesión grave con dolo eventual respecto al resultado más grave, porque precisamente ante la concurrencia de dolo, sin importar en función de qué artículo, no hay lugar para la atenuación por preterintencionalidad¹¹⁰.

En la parte especial, la reforma suprimió numerosas cualificaciones por el resultado “clásicas”, como el mencionado caso del aborto con resultado de muerte (art. 411 párrafo I CP de 1973) o el abandono de niños con resultado de muerte (art. 488 CP de 1973), pero también los tipos contra la salud pública con resultado de muerte (art. 348 CP de 1973).

En todo caso, según la opinión mayoritaria, no se eliminaron todas las cualificaciones por el resultado¹¹¹, si se tienen en cuenta los delitos en los cuales se prevé una agravación de la pena cuando sucede un resultado más grave, lo cual se muestra a través de una formulación impersonal (“cuando resultare”, “se derivare”, “se produjere”, “se ocasionare” etc. ¹¹²). Para algunos, así ocurre en el caso de ciertos delitos que causan determinados resultados lesivos, como por ejemplo los daños con el resultado de ruina para el perjudicado (art. 264 párrafo 1 nº 5 CP) o la comisión de un incendio forestal que produce la erosión de una gran superficie (art. 353.1 CP)¹¹³; y, para otros, en los delitos que ocasionan meros resultados de peligro, como el abandono de menores de edad con concreto peligro para la vida (art. 229 párrafo 3 CP)¹¹⁴.

¹⁰⁸ *Ibid.*, II. A. Primero nº 5: «En un derecho penal moderno la preterintencionalidad relevante para atenuar la pena del dolo es únicamente la imprudencia».

¹⁰⁹ STS, 2ª, 3.10.2000 (Ar. 8724, MP: Andrés Martínez Arrieta).

¹¹⁰ En otro sentido, la STS, 2ª, 30.9.2000 (Ar. 8111, MP: Gregorio García Ancos) contempla la atenuación en virtud del art. 9 nº 4 en su antigua versión por lesión con resultado grave causado por imprudencia.

¹¹¹ Véase SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 185 y ss., con otras indicaciones, 192 y ss.; LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 545 y 547; CEREZO, *Curso de Derecho penal. Parte general II*, 6ª ed., p. 101 y ss.; el mismo, *supra*, nota 88, p. 18; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *supra*, nota 61, p. 293; MIR PUIG (2004), *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., p. 302; CORCOY BIDASOLO (1996), *ADPCP*, p. 292 y ss.; HORMAZÁBAL (1997), *JpD* 26, julio, 54. Partiendo de una eliminación total, los autores citados en SUÁREZ MONTES, *op. cit.*, p. 189 y ss.

¹¹² Véase LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 545, 547; también CEREZO, *Curso*, *supra*, nota 110, p. 101 y ss.

¹¹³ Véase los siguientes delitos: estafa que causa especiales perjuicios (art. 250.6 CP), utilización de información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, causando graves daños a los intereses generales (art. 285 CP); revelación o uso privado de secretos o informaciones de los que tenga en conocimiento por razón de oficio o cargo con daños graves para los intereses públicos (arts. 417 párrafo 1º y 418 CP); malversación que causa daños graves (art. 432.2 CP); funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad o particular para conseguir un beneficio, cuando el beneficio buscado es efectivamente conseguido (art. 427, 428 y ss. CP), pues el mencionado resultado puede ser considerado también una condición objetiva de la punibilidad (véase HORMAZÁBAL [1997], *JpD*, 26, julio, p. 55). En contra, para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN el artículo 572.1 no es un delito cualificado por el resultado de muerte, dado que según su tenor literal, el autor (terrorista) debe causar la muerte, por lo tanto se trata de una forma dolosa (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *supra*, nota 61, p. 293).

¹¹⁴ Véase al respecto CEREZO, *Curso*, *supra*, nota 110, p. 102; también el tipo de entrega de menor de edad o incapaz a un tercero con la puesta en concreto peligro de su vida (art. 231.2 CP) así como delito ambiental con resultado de riesgo de destrucción irreversible y catastrófica (art. 326 en relación con el art. 325 CP).

De todas maneras, la cifra de delitos cualificados por el resultado se redujo considerablemente, teniendo en cuenta no sólo el aspecto puramente conceptual de la definición, sino también *aspectos materiales*. Por ejemplo, en el caso del peligro específico contenido en el delito básico para la cualificación por el resultado típicamente presumible, en el sentido de un desarrollo progresivo, implica la realización del resultado más grave¹¹⁵; o la interpretación de la cualificación por el resultado como imputación de un resultado más grave punible en el marco de un delito complejo, es decir, la existencia de dos delitos desde el punto de vista de la unidad de la acción¹¹⁶ –de forma muy parecida al conocido grupo de delitos cualificados por el resultado querido “necesariamente” del Derecho italiano, en los cuales el resultado grave también era punible¹¹⁷–; o, finalmente, la restricción del concepto de resultado a verdaderos resultados de lesión¹¹⁸, donde éste, para la estructura típica de la cualificación por el resultado, debe entenderse no sólo de forma conceptual- naturalística¹¹⁹, sino, más bien, materialmente, fundamentándola con el desvalor de resultado de la consecuencia más grave que va más allá del mero peligro¹²⁰.

Partiendo de que la preterintencionalidad es un principio general de responsabilidad por el resultado que excede la intención y que se concreta en la parte especial¹²¹, en delitos cualificados por el resultado, entonces, con la eliminación de la preterintencionalidad de la parte general, también se suprimen los fundamentos para los delitos cualificados por el resultado de la parte especial y muchos de los mencionados delitos se convierten en simples tipos cualificados en forma de agravantes especiales cuando concurre un determinado resultado que excede al tipo¹²² o como delito de peligro abstracto o concreto. El legislador no parece muy interesado en estas diferencias dogmáticas, ya que, de otra forma, no se explica que en el mencionado artículo 353 CP, referido a una presunta cualificación por el resultado, las llamadas graves consecuencias de los números 1 a 4, sean designadas circunstancias y con ello parezca hacerse referencia el concepto de circunstancias agravantes¹²³.

Por otra parte, aparece en la doctrina española la eterna lucha contra la responsabilidad por el resultado, que se identificaba y aún se identifica con los delitos cualificados por el resultado¹²⁴; ésta ha sido conducida a una deformación profesional, en la que apenas sí puede sostenerse como

¹¹⁵ Veasé LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 549; CERREZO, *Curso*, *supra*, nota 110, p. 102 (en referencia a KRIES); MAQUEDA ABREU, *supra*, nota 102, p. 220.

¹¹⁶ Al respecto, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *supra*, nota 83, p. 372 y ss.; HORMAZÁBAL (1997), *JpD*, 26 (julio), p. 55; LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 352; CORCOY BIDASOLO (1996), *ADPCP*, p. 292; SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 182. En el caso del antiguo robo con consecuencia de muerte (art. 501.4) como delito compuesto en el sentido de una relación medio-fin y contra esta tesis de la incompatibilidad de la cualificación por el resultado y el delito compuesto, véase GIMBERNAT, *supra*, nota 51, p. 177 y ss.; también MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *El delito de robo con homicidio*, 1988, p. 104 y ss.; BACIGALUPO, *supra*, nota 51, p. 251, quien sigue a DEVESA y describe el delito compuesto como “regulación técnicamente defectuosa de un concurso de delitos”.

¹¹⁷ Véase *supra*, nota 42 y ss.

¹¹⁸ Véase SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 188 y ss.

¹¹⁹ BGHSt 26, 176, 181; críticas al respecto, KÜPER (1976), *NJW*, p. 543 (544 y ss.); PAEFFGEN, *NK*, §18 Rn 7 m.N.; KÜHL, *supra*, nota 84, p. 243 y ss.

¹²⁰ Véase KÜPER (1976), *NJW*, p. 543 (546); también KÜHL, *supra*, nota 84, p. 245, acerca del dolo en los delitos de peligro, la doctrina mayoritaria en *supra*, nota 13; en la misma línea, FERSCHL, *supra*, nota 3, p. 299 así como WOLLTERS (1998), *JR*, p. 271 y ss.

¹²¹ Véase MIR PUIG, *supra*, nota 110, p. 302.

¹²² Véase CORCOY BIDASOLO (1996), *ADPCP*, p. 294.

¹²³ CORCOY BIDASOLO (1996), *ADPCP*, p. 298, en *supra*, nota 23.

¹²⁴ Véase MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *supra*, nota 115, p. 109, que concibe el delito cualificado por el resultado como combinación entre un delito básico doloso y un resultado objetivo; del mismo modo, sobre la concepción originaria de la doctrina alemana, véase BAUMANN, *ZStW* 70 (1958), p. 227 y ss.; SCHUBARTH (1973), *ZStW* 85, p. 190.

posible la efectiva supresión de la cualificación por el resultado y por eso presume una cualificación por el resultado tras cada agravante. La aceptación o rechazo de la existencia de los delitos cualificados por el resultado en el CP de 1995 depende, a fin de cuentas, de lo que se entienda por estos delitos. Si se contemplan los mencionados puntos de vista materiales¹²⁵ como elementos (cumulativos) necesarios de los delitos cualificados por el resultado, entonces sí han sido suprimidos totalmente.

Independientemente del concepto exacto a tener en cuenta, queda, de todos modos, la cuestión de cómo debe establecerse la relación psicológica entre autor y resultado, es decir, si la responsabilidad por el resultado debe presuponer dolo o imprudencia. Esta pregunta plantea problemas específicos, porque se suprimió el art. 1 párrafo III CP de 1973 -el equivalente al §18 StGB- y, de este modo, no existía ya en Derecho español ninguna disposición específicamente diseñada para los delitos cualificados por el resultado.

Siguiendo la teoría dominante y el amplio concepto de los delitos cualificados por el resultado defendido por ella, puede decirse que en el Derecho español actual existe cualificación por el resultado en la parte especial, sin existir un fundamento en la parte general. Si se intenta resolver este dilema con principios de parte general, entonces se choca, de entrada, con el mencionado art. 5 CP. De él resulta que la responsabilidad por el resultado más grave requiere dolo o imprudencia del autor en cada caso¹²⁶; sin embargo, con esto sólo se descarta una responsabilidad objetiva por el resultado, no quedando claro si la imprudencia respecto al resultado grave es suficiente para constituir un delito cualificado por el resultado. Parece que el art. 12 CP da la respuesta, reclamando la punibilidad por imprudencia sólo con disposición legal expresa (*numerus clausus*)¹²⁷. Si ésta no existe en el caso de las cualificaciones por el resultado, debe concluirse que el autor deberá actuar con dolo también respecto al resultado más grave¹²⁸.

A favor de esta teoría están también las semejanzas con el Derecho alemán: si no existiera §18 StGB, por una parte, el principio constitucionalmente garantizado de culpabilidad prohibiría la responsabilidad por el resultado¹²⁹ y, por otra parte, el art. 15 requiere una disposición legal expresa para responsabilizar por el resultado imprudente¹³⁰. La imprudencia, incluso la imprudencia temeraria, sería suficiente en el caso de resultado grave cuando la cualificación por el resultado está contenida expresamente (por ejemplo §251, §306 c StGB). En la práctica, las cualificaciones por el resultado del Derecho español -de por sí controvertidas- se convertirían de este modo en tipos cualificados normales y el conflicto señalado perdería considerablemente su sentido. Si se consideran estas cualificaciones por el resultado como meras circunstancias agravantes, también tendría que considerarse la regla del error del art. 14.2 CP, para la que la

¹²⁵ Véase supra, nota 114 y ss.

¹²⁶ Véase también CEREZO, supra, nota 65, p. 18 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, supra, nota 61, p. 293; COBO/VIVES, supra, nota 61, p. 658.

¹²⁷ Art. 12 CP: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

¹²⁸ CORCOY BIDASOLO (1996), *ADPCP*, p. 295 y ss., que concibe el dolo según la teoría cognitivista como conocimiento del peligro concreto producido por la comisión del delito básico (ibid., 297, supra, nota 19, p. 302 y ss.); también MIR PUIG según SUÁREZ MONTES, supra, nota 63, p. 191.

¹²⁹ Véase BverfGE 20, 323 (331 y ss.); 45, 187 (259 y ss.) véase también PAEFFGEN, *NK*, §18 Rn 2, en otro sentido EGMR, o en supra, nota 36 y ss.

¹³⁰ Véase también SCHROEDER (1994), *LK-StGB*, § 18, Rn 1, que remite en cuanto al propio carácter ampliador de la pena del § 18 al § 15 del StGB.

imputación presupone conocimiento¹³¹. Si, según el artículo 14.2 CP, el error sobre una circunstancia agravante “impide su aplicación”, eso significa que el empleo de esta circunstancia presupone el conocimiento del autor¹³².

Sin embargo, esta argumentación basada en principios de parte general, encuentra las objeciones planteadas por SUÁREZ MONTES¹³³, quien considera que no se están teniendo en cuenta suficientemente los delitos cualificados por el resultado que subsisten en la parte especial. Si la parte especial contiene aunque sea un único delito cualificado por el resultado, entonces podría interpretarse en el sentido de una combinación de dolo e imprudencia, aunque el art. 1 párrafo III en su antigua versión no exista ya y el art. 5 y 12 parezcan impedir tal interpretación. Esto no puede ser analizado aquí en detalle –el propio SUÁREZ MONTES sólo acepta el mencionado delito de incendio¹³⁴– pero, de todos modos, corresponde a la concepción de la cualificación por el resultado como combinación de dolo e imprudencia¹³⁵. Finalmente, debe considerarse suficiente –de acuerdo con el artículo 12 CP– la imprudencia, de cualquier forma, en todos los casos en los que el castigo por imprudencia estuviera previsto de modo general para los grupos de delitos referidos –no para el delito referido– como en el caso del delito de incendio del art. 358 (imprudencia grave).

Si se parte de que el Derecho vigente no prevé una cualificación por el resultado en el sentido del antiguo homicidio preterintencional fundamentado jurisprudencialmente y los derogados delitos cualificados por el resultado, se deberán castigar estos casos conforme a las reglas del concurso¹³⁶. En el caso de una simple lesión con causación imprudente de muerte, se castigará la lesión (art. 147) en concurso con homicidio imprudente (art. 621.2 CP, con imprudencia leve; art. 142.1 CP, con imprudencia grave)¹³⁷, tomando, según el art. 77.2 CP, la mitad superior de la pena del delito más grave¹³⁸.

Una simple lesión se castigará con una pena de 6 meses a 3 años según el artículo 147, el homicidio causado por imprudencia leve con multa de 1 a 2 meses según el artículo 621 n° 2 y el homicidio causado por imprudencia grave con una pena de 1 a 4 años. Por consiguiente, el delito más grave sería la lesión o el homicidio por imprudencia grave, de forma que los marcos penales van de 1 año y 9 meses a 3 años o de 2 años y medio a 4 años. Si se acepta el concurso real, se

¹³¹ Art. 14.2 CP: “El error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

¹³² Véase también CORCOY BIDASOLO (1996), *ADPCP*, pp. 294, 297 y ss. Críticas en SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 200 y ss., según el cual justamente los delitos cualificados por el resultado muestran que ni siquiera todos los elementos del tipo agravante de la pena están sujetos al Art. 14.

¹³³ SUÁREZ MONTES, *supra*, nota 63, p. 193 y ss.

¹³⁴ *Ídem*, p. 196 y ss.

¹³⁵ Véase DÍEZ-RIPOLLÉS (1982), *ADPCP*, p. 640; anteriormente HARDWIG (1965), *GA*, p. 97; SCHUBARTH (1973), *ZStW* 85, p. 190; SCHRÖDER (1956), *NJW*, p. 1737 (p. 1738 y ss.) hablan, a propósito de este tema, de delitos cualificados por el resultado como “propios” (igualmente WOLTER [1981], *JuS*, p. 168); HIRSCH (1972), *GA*, p. 65 y ss., principalmente sobre los delitos cualificados por el resultado en el sentido “material”. Críticas a la designación como propia-impropia y con otra denominación, HRUSCHKA (1967), *GA*, pp. 44, 45, *supra*, nota 10.

¹³⁶ Véase GÓMEZ BENÍTEZ, *supra*, nota 67, p. 96 y ss.; también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *supra*, nota 61, p. 293; LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 533; HORMAZÁBAL (1997), *JpD*, 26, julio, p. 55; SUÁREZ MONTES *supra*, nota 63, p. 182.

¹³⁷ MIR PUIG, *supra*, nota 110, p. 303.

¹³⁸ Art. 77 .2 CP: “(...) se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave (...)”.

sumarían las penas (art. 73), de forma que la pena total –en caso de homicidio por imprudencia grave- está entre 1 año y 6 meses y 7 años¹³⁹.

En el caso del aborto con resultado de muerte del art. 411 párrafo 1 en su antigua versión, sólo sería punible el aborto (art. 145) –que presupone el consentimiento de la mujer- en concurso ideal con el homicidio imprudente (art. 142.1), donde el aborto está castigado con la pena de 1 a 3 años, de forma que, esta vez, la pena –de nuevo según el art. 77.2- sería o bien la del aborto (en caso de homicidio por imprudencia leve) o bien la del homicidio por imprudencia grave por ser el delito más grave, es decir, que correspondería bien una pena entre 2 y 3 años o bien entre 2 años y medio y 4 años. Según el artículo 411 párrafo I en su antigua versión se condenaría al autor con una pena de entre 12 y 20 años (reclusión menor según el art. 30, 62 CP en su antigua versión).

4. Consecuencias para el Derecho alemán

4.1. Punto de partida

Tras el estudio de la situación jurídica en Italia y España, resulta comprensible la tesis enunciada al principio acerca de que el Derecho alemán constituye un camino intermedio. Con la introducción de los requisitos de la imprudencia en 1953 se abandonó la responsabilidad objetiva por el resultado, aún en vigor en Italia, aunque no se pretendía con ello llegar tan lejos como el Derecho español, que elimina por completo el delito cualificado por el resultado como figura jurídica de la parte general.

En realidad, la doctrina mayoritaria manifestó en Alemania sus dudas acerca de la constitucionalidad de los delitos cualificados por el resultado a causa del considerable salto en el marco penal que supone respecto a los correspondientes delitos dolosos y al castigo según las reglas del concurso¹⁴⁰; pero por eso no se pone en duda la conveniencia ni la legitimidad de la existencia de los delitos cualificados por el resultado ni –a excepción de algunas voces aisladas¹⁴¹- se proclama su incompatibilidad con los principios de culpabilidad y de igualdad. En esta línea, FERSCHL distingue entre la conveniencia de la existencia de los delitos cualificados por el resultado y la crítica a su marco penal¹⁴². Aunque esta crítica se ha ido agudizando a causa del drástico aumento del marco penal tras la sexta reforma penal¹⁴³, poco ha variado la posición inicial de la doctrina mayoritaria alemana.

¹³⁹ Al igual que en Alemania, también en España son incrementadas penas compensatorias, véase supra, nota 177.

¹⁴⁰ Véase SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 191 y ss.; MAIWALD (1974), *GA*, p. 257 (p. 265 y ss.); WOLTER (1981), *JuS*, 1981, p. 168; SCHRÖEDER (1994), *LK-StGB*, § 18, marginal 34; RUDOLPHI (1995), *SK-StGB*, §18, marginal 1; PAEFFGEN (1989), *JZ*, p. 21; PAEFFGEN (1997), *NK*, § 18, marginal 82 y ss.; ALTENHAIN (1996), *GA*, pp. 19, 35; KÜPPER (1999), *ZStW*, 111, p. 801 con indicaciones en supra, nota 77.

¹⁴¹ Véase supra, nota 92 y ss.

¹⁴² FERSCHL, supra, nota 3, p. 45; en el mismo sentido que SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 755.

¹⁴³ Véase BUSSMANN (1999), *GA*, p. 25 y ss., que habla de “marcos penales drásticamente elevados”, especialmente debido al aumento en caso de menor gravedad (véase 226.III), con lo cual sería restaurada la responsabilidad por el resultado (art. 30 CP) y se castigarían los casos fortuitos (arts. 28 y 30 CP). Críticas también en FERSCHL, supra, nota 31, p. 333; RENGIER (1999), *ZStW*, 111, 21 y ss., así como KÜPPER (1999), *ZStW*, 111, p. 801 y ss. Acerca de los delitos de incendio véase SCHRÖEDER (1998), *GA*, p. 571 y ss.

El contenido adicional de injusto que reside en la cualificación por el resultado en razón del peligro típico y específico del delito básico de producir el resultado, no puede ser regulado satisfactoriamente de otro modo –ya que la pena solamente se podrá medir de forma imprecisa-, de forma que no se puede renunciar a este tipo de delitos¹⁴⁴.

Tras esta argumentación –que llega a una culpa objetivada- se oculta la idea ya expresada por los objetivistas moderados italianos¹⁴⁵ y manifestada en Alemania antes, de que la teoría *versari* contiene una idea correcta, a saber, que quienes conocían y querían una conducta típica peligrosa, tendrán que responder por su falta de cuidado con relación al resultado¹⁴⁶; hoy lo que se intenta es restringir los marcos penales a través de limitaciones de los tipos objetivo y subjetivo de los delitos cualificados por el resultado.

Desde el punto de vista *objetivo*, la relación entre delito básico y resultado es descrita por la palabra mágica “criterio de intermediación” o “relación inmediata”¹⁴⁷ entre delito fundamental y resultado; sin embargo, en cuanto a su contenido existe unanimidad entre quienes defienden la teoría de la letalidad (*Letalitätslehre*¹⁴⁸), que toma como punto de referencia central el resultado del delito básico¹⁴⁹ y lo hacen con ayuda del §227 StGB y los críticos que consideran que este criterio – así la conocida formulación en el BGHSt 33, 322 (323)- formula, en el mejor de los casos, una pregunta (*Fragestellung*) y requiere más aclaraciones¹⁵⁰.

En efecto, cuanto más a fondo se sumerja uno en la literatura referente al criterio de intermediación, más se pregunta si el desarrollo de una fórmula general es posible, como sucede también en la determinación del inicio de la tentativa¹⁵¹, donde la concreción sólo puede llevarse a cabo

¹⁴⁴ HIRSCH (1972), *GA*, p. 72 y ss. (75, 77); SCHRÖEDER (1994), *LK-StGB*, § 18 marginal 35; PAEFFGEN (1997), *NK*, § 18 marginal 140; KÜPPER (1999), *ZStW*, 111, pp. 791 (con indicaciones en la nota 27), 803; FERSCHL, *supra*, nota 31, p. 46.

¹⁴⁵ Véase número I, 1. y después la nota 21.

¹⁴⁶ Véase JESCHECK, *supra*, nota 7, p. 250; HARDWIG (1965), *GA*, p. 99 y ss.; BINDOKAT (1977), *JZ*, p. 549 (551 y ss.).

¹⁴⁷ Véase GEILEN (1974), *FS Welzel*, p. 655 y ss.; WOLTER (1981), *JuS*, p. 171; HIRSCH (1985), *FS Oehler*, p. 112 y ss.; RUDOLPHI, (1995) *SK-StGB*, §18, marginal 3; PAEFFGEN (1997), *NK* §18, marginal 23 y ss.; KÜPPER (1999), *FS Hirsch*, p. 618 y ss., pp. 621 y ss., 629; el mismo (1999), *ZStW*, p. 792 y ss.; sobre la jurisprudencia GEILEN, *op.cit.*, p. 672 (“buntscheckig”); KÜHL, *supra*, nota 84, pp. 248 y ss., 256 y ss.; resumidamente acerca de la literatura FERSCHL, *supra*, nota 31, p. 50 y ss., 84 y ss., que comprende el criterio de la inmediatez no sólo como posibilidad de restricción, sino también como justificación de los delitos cualificados por el resultado (p. 46). – Sobre la imputación objetiva MAIWALD (1984), *JuS*, p. 439 (440 y ss., 443); RENGIER, *supra*, nota 31, pp. 157, 188, 208; FERSCHL, *supra*, nota 31, pp. 84, 89 y ss., 109 y ss., 123 y s., 135 y ss. (especialmente la teoría de la finalidad protectora); sobre los principios en la jurisprudencia, véase KÜHL, *supra*, nota 84, p. 250, 258; críticas en HIRSCH (1985), *FS Oehler*, p. 128, *supra*, nota 55; KÜPPER (1999), *ZStW*, 111, p. 795 y ss.

¹⁴⁸ HIRSCH (1972), *GA*, p. 75 y ss.; el mismo (1983), *JR*, p. 79 y ss.; OEHLER (1957), *ZStW*, p. 504 y ss.; GEILEN, *supra*, nota 146, p. 681; MAIWALD (1984), *JuS*, p. 443 y ss.; HIRSCH (1985), *FS Oehler*, pp. 117, 129 y ss.; KÜPPER, *supra*, nota 31, p. 14 y ss., 81 y s., 85 y ss.; KÜPPER (1999), *FS Hirsch*, p. 619 y ss. (con indicaciones en la nota 26), p. 629; el mismo (1999), *ZStW*, 111, p. 792 y ss. con indicaciones en la nota 33; BUSSMANN (1999), *GA*, p. 30 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN (2001), *StGB*, §18, marginal 4; al contrario, con base en la jurisprudencia, véase KÜHL, *supra*, nota 84, p. 253 y ss. con indicaciones, que defienden la propia teoría de la letalidad.

¹⁴⁹ Véase WOLTER (1981), *JuS*, p. 175 y ss.; PAEFFGEN (1989), *JZ*, p. 225 y ss.; PAEFFGEN, *NK*, §18, marginal 31 y ss., 55; FERSCHL, *supra*, nota 31, p. 133 y ss. Véase también ALTENHAIN (1996), *GA*, p. 30 y ss., que en verdad discute acerca de la “causalidad de paso” (33, 34), que ocurre porque el delito fundamental consumado es “parte necesaria de la manifestación causal del resultado mas grave”; críticas al respecto en KÜPPER (1999), *FS Hirsch*, p. 617 y ss.

¹⁵⁰ Véase WOLTER (1981), *JuS*, p. 168; PAEFFGEN (1989), *JZ*, p. 222; ALTENHAIN (1996), *GA*, p. 20; KÜPPER (1999), *FS Hirsch*, p. 615; KÜHL, *supra*, nota 84, p. 252; FERSCHL, *supra*, nota 31, principal ya en la introducción de su investigación indica la falta de claridad (p. 29, también pp. 49, 70, 123).

¹⁵¹ WEIGEND (1989), en: HIRSCH/WEIGEND (coord.), *Strafrecht*, p. 117; véase, con detalle, AMBOS (2002), *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 725 y ss.

recurriendo a los tipos en cuestión. Este es el punto de vista de FERSCHL¹⁵², que se basa en la interacción reconocida entre la parte general y la especial y parece ser –especialmente a criterio de FINCKE¹⁵³- el único camino eficaz.

Respecto al punto de vista *subjetivo*, se otorga relevancia al descuido atribuyéndole un desvalor de acción aumentado por la cualificación por el resultado¹⁵⁴; este aspecto casi quedó legislado de este modo, habiendo podido convertirse en Ley¹⁵⁵. Precisamente, en contra de la introducción general del criterio de la relevancia del descuido¹⁵⁶ se encuentran las dificultades probatorias, suscitadas por los delitos cualificados por el resultado en el caso del homicidio, dado que se castiga con la misma pena un homicidio doloso que (ya) no puede ser probado en un proceso judicial y una lesión corporal con resultado de muerte, como si hubiera concurrido de hecho el dolo de matar¹⁵⁷.

Desde un punto de vista práctico prima también hoy –como ocurría antes con la responsabilidad pura- la facilitación de la prueba¹⁵⁸, que se aseguró mejor dogmáticamente. Esto ha traído consigo la crítica de que tras el castigo de los delitos cualificados por el resultado, se oculta la punición de una sospecha, con lo que la teoría *versari* subjetivizada y el dolo indirecto entrarían por la puerta de atrás¹⁵⁹.

El razonamiento del legislador sueco apunta también en esta dirección eliminando los delitos cualificados por el resultado¹⁶⁰, por los que no se debe ser responsable en una sociedad moderna, ni imponer una pena mayor con motivo de un resultado causado sin dolo, porque el dolo siempre es difícil de acreditar¹⁶¹.

¹⁵² Véase FERSCHL, *supra*, nota 31, pp. 70, 122, 123 así como – delitos específicos – 128 y ss. Para una solución orientada por la finalidad de protección de los respectivos tipos penales también PAEFFGEN (1997), *NK-StGB*, §18 marginal 76; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *supra*, nota 147, § 18 marginal 4.

¹⁵³ FINCKE (1975), *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*; de un modo general también TIEDEMANN (1992), en LAHTI/NUOTIO (Hrsg.) (1992), *Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, p. 280 y ss.

¹⁵⁴ RENGIER, *supra*, nota 31, p. 126 y ss.; WOLTER (1981), *JuS*, p. 178 y ss.; PAEFFGEN (1989), *JZ*, p. 224; SCHRÖEDER (1994), *LK-StGB*, § 18 marginal 34; PAEFFGEN (1997), *NK-StGB*, § 18 marginal 44 y ss., 104, 140, § 226 marginal 13; KÜPPER (1999), *ZStW* 111 (1999), p. 797 y ss. (800). Fundamental sobre el concepto de la imprudencia temeraria, MAIWALD (1974), *GA*, p. 257 (258 y ss.).

¹⁵⁵ Véase BT Drs. 13/8587, 21; ídem, pp. 55, 61, 62; sobre la modificación por el BReg., ídem, p. 79; al respecto también, RENGIER (1999), *ZStW*, 111 (1999), 21 y ss.; BUSSMANN (1999), *GA*, p. 28; KÜPPER (1999), *FS Hirsch*, p. 624 y ss.; el mismo (1999), *ZStW*, 111, p. 798.

¹⁵⁶ Véase las indicaciones en RENGIER (1999), *ZStW* 111, 1999, p. 22 en la nota 106.

¹⁵⁷ Véase EISENBERG (2000), *Kriminologie*, 5ª ed., § 45, marginal 15.

¹⁵⁸ Acerca de la orientación de la praxis hacia el resultado de la acción en el caso de la determinación del dolo de homicidio como consecuencia de un Derecho penal orientado el resultado, véase SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, p. 208 y ss.

¹⁵⁹ WOLTER (1981), *JuS*, 169 (haciendo referencia a GALLAS). Véase también HARDWIG (1965), *GA*, p. 99 sobre la relación entre “marcos penales excesivos” y la pena señalada. También HIRSCH ve en la conminación de una pena excesiva “resquicios de responsabilidad por el resultado” (HIRSCH [1972], *GA*, p. 67). Véase también SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 771: violación del principio de la culpabilidad por la vía indirecta del derecho a prueba.

¹⁶⁰ Véase *supra*, nota 10.

¹⁶¹ Véase TRÄSKMAN, en: HOLMQVIST/LEIJONHUFVUD/TRÄSKMAN/WENNBERG/BROTTSBALKEN, *Ein Kommentar*, Kap. p. 1-12., 7ª ed., 1998 (julio 2000), pp. 3, 7. Véase también Kap. p. 1 § 2 (1) *schwedStGB* (1962/65): “una conducta solamente se prevé como hecho punible cuando se lleva a cabo con dolo, mientras no esté previsto nada diferente”.

4.2. ¿Cabe el castigo a través de las reglas del concurso como alternativa?

A pesar de lo anterior, desde el punto de vista constitucional, es necesario reconocer que, por un lado, las dudas respecto al tipo de delitos cualificados por el resultado en cuanto al principio de culpabilidad desaparecen con la introducción de la exigencia de la imprudencia¹⁶² –como, por lo demás, admite el penalista español¹⁶³– y que, por otro lado, la inconstitucionalidad de las disposiciones para la individualización de la pena sólo se produce en casos extremos, cuando la pena parece “sencillamente inadecuada” en relación con la gravedad del tipo y la culpabilidad del autor¹⁶⁴.

En todo caso, la pena prevista para los delitos cualificados por el resultado no podrá ser considerada absolutamente inconstitucional sino parcialmente, en atención al tratamiento desigual respecto a las reglas de solución del concurso. Por eso, es menos conveniente recurrir al inseguro y a menudo abusado¹⁶⁵ terreno del Derecho constitucional; más bien debería tratarse (otra vez) la cuestión del pretendido *carácter indispensable* de los delitos cualificados por el resultado, así como de las penas (graves) previstas para ellos.

Esta cuestión no puede darse por contestada con el reconocimiento de la naturaleza especial de los delitos cualificados por el resultado¹⁶⁶, aceptada por la doctrina mayoritaria, ya que, incluso admitiendo esto –que ponen en duda con buenos argumentos la doctrina dominante española y parte de la alemana¹⁶⁷–, todavía no se ha demostrado que estos delitos sean indispensables. En contra de tal posibilidad está el hecho de que, además de España, también Finlandia y Suecia hayan suprimido los delitos cualificados por el resultado¹⁶⁸ sin que con ello, hasta el momento, se haya perjudicado su sistema de justicia penal. El argumento decisivo debería ser el de si el injusto comprendido en los delitos cualificados por el resultado puede ser solventado de forma, por así decir, “normal”, o sea, a través del castigo mediante las reglas del concurso¹⁶⁹. Esta posibilidad depende a su vez de si el delito cualificado por el resultado en cuestión es, en realidad, un caso de unidad fáctica determinada. Pero no es éste el caso, por ejemplo, de las lesiones graves (§226 StGB)¹⁷⁰, porque no existe alternativa para la resolución como cualificación por el resultado¹⁷¹, en

¹⁶² De otra opinión, HRUSCHKA (1967), *GA*, p. 45 y ss., que afirma, de acuerdo con el principio de culpabilidad, que la forma de culpabilidad requiere ser fijada de forma precisa, mientras el artículo 56 de la antigua versión del StGB, así como el artículo 18 del StGB, establece simplemente un mínimo de culpabilidad.

¹⁶³ Véase CARDENAL MURILLO, *supra*, nota 49, p. 390 y ss., 472; GÓMEZ BENÍTEZ, *supra*, nota 67, p. 97 y ss., (114). De otra opinión, LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 552, que pone en duda la relación entre la pena y el desvalor subjetivo de la acción (medida de culpabilidad) en el caso de la formulación “al menos por imprudencia”, porque una conducta imprudente se castigará como dolosa; tal entendimiento del principio de culpabilidad parece sostener también HORMAZÁBAL (1997), *JpD* 26 (julio), p. 56 y ss.

¹⁶⁴ BVerfGE 6, 389 (439); 34, 261 (267); 45, 187 (259 y ss.)

¹⁶⁵ Muchas veces se consideran retrógradas desde el punto de vista del derecho constitucional, las decisiones políticamente desagradables, véase recientemente SCHOLZ/UHLE (2001), *NJW* 2001, p. 393 y ss.

¹⁶⁶ Véase *supra*, nota 143.

¹⁶⁷ Véase CARDENAL MURILLO, *supra*, nota 49, p. 386 y ss., con otras indicaciones en la nota 11; SCHUBARTH (1973), *ZStW* 85, p. 766 y ss., 779; LORENZEN, *supra*, nota 31, p. 66 con indicaciones en la nota 147, p. 70; RENGIER, *supra*, nota 31, p. 130 y ss.

¹⁶⁸ Véase la nota 10.

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *supra*, nota 52, p. 532.

¹⁷⁰ También en el caso de los delitos con resultados fundamentadores de castigo (MISERÉ [1997], *Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge*, Berlín 1997, p. 1 y ss.), si se consideran delitos cualificados por el resultado (así FERSCHL, *supra*, nota 31, p. 299, con relación al §315c I, III: delitos cualificados por el resultado de peligro; también Miséré, *op. cit.*, p. cit.).

tanto no se quieran considerar estos delitos como cualificaciones “normales” de los tipos en cuestión.

En la mayor parte de los delitos cualificados por el resultado, especialmente las cualificaciones por resultado de muerte, es posible, sin embargo, un tratamiento jurídico como concurso a partir del delito básico, en forma de unidad de acción entre el delito básico y el homicidio imprudente, de forma que se plantea la cuestión de si, de este modo, puede ser considerado adecuado el injusto realizado y la culpa del autor, en comparación con el correspondiente delito cualificado por el resultado. Esto no puede ser estudiado aquí con relación a todos los delitos cualificados por el resultado, sino sólo en las lesiones con resultado de muerte (§227 StGB) como delito cualificado por el resultado más importante desde el punto de vista práctico. Al respecto, debe verificarse el castigo de este hecho de acuerdo con el Derecho español y sueco así como también –en atención a la regla de concurso ideal- el suizo.

En caso de *combinación dolo-dolo*¹⁷², la eliminación del §227 StGB llevaría a una considerable simplificación, ya que el conflicto entre la teoría del concurso y la de la exclusividad, que se basa en la controvertida interpretación de la formulación “al menos imprudente” del §18 StGB¹⁷³, recaería en la cuestión asociada según la doctrina mayoritaria –que, como es sabido, considera posible una combinación dolo-dolo- acerca de cómo se establece la relación entre la conducta de §227 StGB y los §§211 y 212; en su lugar, se tendría en cuenta desde el principio sólo un homicidio doloso (§212 StGB). También la cuantía de la pena difiere en una lesión con resultado de muerte y un homicidio doloso, como mínimo, en dos años; como máximo de los dos delitos se toma, según el §38 párrafo 2º StGB, la pena de 15 años en su grado máximo. Como resultado corresponde esto para la doctrina mayoritaria, porque parte –sobre los fundamentos de la teoría del concurso- de la subsidiariedad del §227 StGB frente al §212 StGB¹⁷⁴-. Esta solución supone una considerable simplificación frente al examen en concurso del delito doloso y la cualificación por el resultado.

La *combinación dolo-imprudencia* se castigaría según las reglas del concurso ideal (§§222, 223, 52 párrafo 2 StGB) con la pena de privación de libertad de hasta 5 años o pena de multa¹⁷⁵; sería esperable, por tanto, una pena considerablemente menor a la establecida por el §227 StGB. Por este motivo, los partidarios de una solución de concurso han exigido la aplicación del principio de acumulación relativa de conformidad con el §54 párrafo I, 2, párrafo II StGB¹⁷⁶. De acuerdo con esta corriente, la pena en la que se incurre puede aumentar pero debe mantenerse por debajo de la suma de las penas individuales o bien mantener la pena por debajo de los 15 años, de forma

¹⁷¹ Véase al respecto LORENZEN, supra, nota 31, pp. 70 y ss., y 169 sobre §§224, 225, 239 II 1 StGB en su antigua versión.

¹⁷² La combinación *culpa-culpa* del 6. StrRG, debido a la remisión del §227 a los §§223-226, no se tiene más en cuenta. Esta combinación fue suprimida de forma general, aunque también ya era de poca relevancia, véase PAEFFGEN (1997), NK, §18 marginal 136 así como – todavía sobre el §309 Alt. 2 antigua versión (ahora la calificación por el resultado de peligro de acuerdo con el § 306d Alt. 2; también el § 306f III) - FERSCHL, supra, nota 31, p. 279 y ss.

¹⁷³ Véanse las indicaciones en la nota 84.

¹⁷⁴ PAEFFGEN (1997), NK-StGB, § 226 marginal 30; LACKNER/KÜHL (2001), StGB, § 227 marginal 5.

¹⁷⁵ Sobre la posible existencia de una lesión corporal peligrosa, véase la nota 188 y ss.

¹⁷⁶ Así JESCHECK, supra, nota 7, p. 246; véase también LORENZEN, supra, nota 31, pp. 87, 169; PAEFFGEN (1989), JZ 1989, p. 221 y ss., con indicaciones en la nota 21; PAEFFGEN (1997), NK, § 18 marginal 22; KÜPPER (1999), ZStW 111, 1999, p. 790 con indicaciones en la nota 23.

que la pena de privación de libertad quede entre *5 semanas y 10 años*¹⁷⁷. Aunque la pena permanece con ello, tanto en su mínimo como en su máximo, por debajo de los límites marcados por el §227 StGB, la aplicación general del principio de acumulación relativa ha sido rechazada especialmente por HIRSCH, porque lleva a una agravación de la pena inaceptable en los casos normales de concurso ideal¹⁷⁸.

Sin embargo, esta tesis no es del todo cierta, puesto que el principio de acumulación relativa establece unos marcos penales suficientemente amplios (de 5 semanas a 10 años) para después imponer una pena concreta dentro de ese ámbito. Además, no se trata aquí tanto de un problema de cualificación por el resultado *per se*, sino más bien, de efectuar un cómputo de la pena adecuado a las reglas del concurso, que, en general, dependen de los marcos penales individuales¹⁷⁹. El problema de la resolución alemana del concurso ideal reside en que el principio de absorción, como su nombre indica, implica “absorber” la pena del delito menor, la cual no se tendrá en cuenta en el cálculo de la pena definitiva, de forma que la pena resultante parece ser excesivamente suave¹⁸⁰. El Derecho extranjero ofrece algunas alternativas.

En España se aplica la pena del delito más grave en su mitad superior según el mencionado principio de “agravación” o de “absorción agravada” del artículo 77 párrafo II CP¹⁸¹, de forma que la pena se situará entre un año y nueve meses y 4 años, como ya expliqué¹⁸². Trasladando la solución española al Derecho alemán, se debería tomar la mitad superior de la pena de privación de libertad del §222 StGB o bien del §223 StGB (1 mes a 5 años) y quedaría entre 2 años, 6 meses y 2 semanas y 5 años, es decir un resultado mínimo por encima del obtenido con el principio de acumulación relativa- de 5 semanas a 10 años-.

Según el Derecho sueco, la lesión se castiga en unidad de acción con el homicidio imprudente (por imprudencia grave) del Kap. 3 arts. 5, 7 del CP sueco. En este caso, se impondrá como pena individual (pena de multa/privación de libertad de 14 días¹⁸³ hasta 2 años o bien pena de multa/privación de libertad de 6 meses a 6 años) una pena total (Kap. 30 art. 3), cuyo mínimo se toma del delito más grave, que se aumenta en relación con su máximo según el Kap. 26 art. 2 de acuerdo con la pena más alta hasta uno, dos o cuatro años.¹⁸⁴ Se aplicaría, por tanto, una pena de privación de libertad de entre 6 meses y 8 años, porque la pena mínima del homicidio imprudente como delito más grave asciende a 6 meses y en su máximo (seis años) puede ser elevada en dos años más (Kap. 26 art. 2 n° 2 combinado con el Kap. 3 art. 7.2). Trasladando el

¹⁷⁷ Como pena individual se debe partir aquí de dos marcos penales abstractos (idénticos) del § 222, así como del § 223, porque una pena individual “merecida” solamente puede determinarse en el caso concreto. La pena individual varía por tanto entre 1 mes (§ 38 II) y 5 años y debe ser aumentada, con la unificación de penas, por al menos en una semana (§ 39); sin embargo debe permanecer por debajo de la suma de las posibles penas individuales, esto es, de 10 años (§ 54, II, 1).

¹⁷⁸ HIRSCH (1972), GA, p. 68.

¹⁷⁹ Véase también, SCHUBARTH (1973), ZStW, 85, p. 773.

¹⁸⁰ Véase PAEFFGEN (1997), NK, § 18, marginal 22.

¹⁸¹ Véanse las notas 88 y 137.

¹⁸² De acuerdo con la nota 137.

¹⁸³ Pena mínima de acuerdo con el Kap. 26 § 1 (1) del Código Penal sueco.

¹⁸⁴ De acuerdo con el Kap. 26 § 2 (2), la pena del delito más grave puede rebasarse en un año si es de menos de cuatro años (Nr. 1); en dos años si se sitúa entre cuatro y ocho años (N° 2); y en cuatro años si es de ocho años o más (Nr. 3). Véase también CORNILS/JAREBORG, supra, nota 10, p. 34.

modelo sueco al Derecho alemán la pena total para los §§222, 223 StGB sería de entre 1 mes y 7 años.

También va más allá del Derecho alemán, finalmente, el concurso ideal en el Derecho suizo. Según el llamado principio de acumulación relativa moderado del art. 68.1 del CP suizo¹⁸⁵, que corresponde al art. 64 párrafo 2 AE¹⁸⁶, la pena se eleva hasta la mitad, es decir, asciende según los §§222, 223 StGB entre un mes y siete años y medio; por lo tanto, muy cerca de la pena obtenida en aplicación del principio de acumulación relativa puro del §54 StGB.

Tras este análisis, podría objetarse que las penas averiguadas, a pesar del aumento frente al principio de absorción, todavía quedan relativamente lejos de las penas previstas en §227 StGB, es decir, un *mínimo* de entre 6 meses (España) y 2 años y 11 meses (Suecia, Suiza) y un *máximo* de entre 10, 8 y 7 años y medio. Esta crítica tiene dos inconvenientes. Por una parte, algunos autores defensores de los delitos cualificados por el resultado rechazan los marcos penales por considerarlos excesivamente elevados¹⁸⁷ y exigen reducciones concretas; como KÜPPER, que propone un límite superior de 10 años para la causación imprudente de una muerte¹⁸⁸. Por otra parte, otros llaman la atención sobre el hecho de que, en caso de una lesión con resultado de muerte, normalmente se parte de una lesión peligrosa como delito básico¹⁸⁹, donde es frecuente la comisión mediante un arma u otro instrumento peligroso o medios que ponen en peligro la vida.

Partiendo del castigo en concurso ideal de los §§222 y 224 StGB, la pena a aplicar en las lesiones peligrosas en un caso normal de aplicación del principio de absorción estaría entre *6 meses y 10 años* y, con la aplicación del principio de acumulación relativa, entre *7 meses y 15 años*. Según el principio *español* de acumulación relativa agravada la pena a aplicar estará entre *5 años y 3 meses y 10 años*; según el Derecho *sueco* entre *seis meses y 14 años*¹⁹⁰; y según el principio de acumulación relativa suavizado del Derecho *suizo*, la pena podría ascender hasta *15 años*.

En conclusión, se aplicarían las reglas del concurso cuando existiera un homicidio imprudente en concurso ideal con lesiones peligrosas (es decir, en el *caso clásico de lesiones con resultado de muerte*), no sólo en aplicación del principio puro de acumulación relativa en el sentido del Derecho alemán de *lex data*, sino también de acuerdo con las reglas del concurso ideal en vigor en los Derechos extranjeros estudiados, de forma casi exacta (España, Suecia) o exacta (Suiza) al aumento de pena previsto en el §227 StGB; el Derecho español, en este caso, tal y como propuso KÜPPER¹⁹¹, opera con un límite superior de 10 años. También por este motivo, el recurso a la lesión peligrosa es convincente, porque el §224 StGB prevé con el peligro de muerte (art. 224 párrafo 1 n° 5) un modo de comisión que, desde siempre, según la doctrina mayoritaria, recoge la

¹⁸⁵ El aumento "conveniente" de las penas más graves, concretamente, es posible en *concreto* hasta la mitad y en abstracto delimitado por la cifra más alta del tipo de pena legalmente establecida. (Art. 35, p. 2 del schweizStGB: 20 años). Véase también SCHUBARTH (1973), *ZStW*, 85, p. 756 y ss., 775.

¹⁸⁶ AE-AT, 2ª ed., Tübingen 1969, p. 124.

¹⁸⁷ Véase las indicaciones en la nota 139 y 142.

¹⁸⁸ KÜPPER (1999), *ZStW* 111 (1999), p. 802. Véase también PAEFFGEN (1997), *NK-StGB*, § 18 marginal 140.

¹⁸⁹ Si la lesión corporal conduce de hecho a la muerte de la víctima, fracasará la responsabilidad de conformidad con los §§227, 18 (o también según el §222) porque la concurrencia de un resultado de muerte - así como el mero caso fortuito - no será previsible por el autor, de modo que él no habrá actuado con imprudencia.

¹⁹⁰ Véase la nota 184: aumento de la pena máxima del §224 del StGB en cuatro años.

¹⁹¹ Véase la nota 188.

peligrosidad del delito con resultado de muerte¹⁹² y cuya consideración más estricta fue seguida por ese motivo ya en las comisiones de Derecho penal¹⁹³.

Si bien la creación de un tipo de peligro autónomo, como es conocido en el Derecho extranjero¹⁹⁴, es criticada con razón¹⁹⁵ por extender la punibilidad de forma considerable, independientemente del resultado (de lesión)¹⁹⁶, tiene todo el sentido la idea subyacente, es decir, la mayor consideración y aplicación de la lesión con peligro de muerte, en relación con el homicidio imprudente, en caso de delito cualificado por el resultado de muerte. Esta solución no sólo asegura una pena más adecuada en la aplicación de las reglas de concurso, sino que supera la criticada evaluación de la punición del dolo del delito cualificado por el resultado¹⁹⁷, porque demuestra la parte subjetiva del delito correspondiente (§§222, 224 StGB) de forma independiente (sin dolo por homicidio sino sólo dolo de peligro).

Para prevenir malentendidos: no se puede negar que la solución pragmática orientada a los marcos penales que se defiende aquí es el único intento notable que sirve de base para los delitos cualificados por el resultado en un moderno Derecho penal de la culpabilidad, en unas circunstancias del injusto lo más comprensibles posible y que ahí puede residir un aumento de certeza del tipo frente a la solución por las reglas del concurso.

Cuando por ejemplo A da a B un puñetazo y, como consecuencia, éste cae por la ventana desde un cuarto piso y muere a causa del impacto, entonces se le atribuye a A una culpa más grave, que si, durante una discusión, lanzara un jarrón por la ventana y matara a P, que pasaba por allí. La diferente gravedad de la culpabilidad en el Derecho vigente en esta materia, se basa en que A en el primer caso estará sujeto a una pena grave según §227 StGB y en el segundo caso la atenuada de §§223, 222, 52 StGB. El problema de este razonamiento reside justamente en que omite toda consideración a la *lex data*. Pero no puede ser rechazado sólo por este motivo.

En cambio, si se aboga de *lege ferenda* por un cómputo diferente de la pena en caso de concurso ideal, se ofrece al Tribunal de los hechos un marco penal suficientemente amplio, donde también pueden incluirse los casos de cualificación por el resultado (de *lex data* de hoy) de manera adecuada al injusto y a la culpabilidad y sólo quedaría por determinar si verdaderamente se debe insistir en la ventaja de la pretendida certeza típica que aportan los delitos cualificados por el resultado. No se debe pasar por alto que este aumento de certeza, en vista del conflicto con el principio de inmediatez y la, hasta el momento, heterogénea jurisprudencia¹⁹⁸ no es tan grande; además, la previsión de una pena diferenciada para los delitos cualificados por el resultado

¹⁹² Véanse las indicaciones en la nota 143.

¹⁹³ Véase JESCHECK, *supra*, nota 7, p. 247; LANGE, *idem*, pp. 256, 259.

¹⁹⁴ Véase Art. 129 del schweizStGB; véase también Kap. 3 § 9 del schwedStGB, en: CORNILS/JAREBORG, *supra*, nota 10, p. 63; Kap. p. 21 §13 del Código Penal finlandés, *supra*, nota 167: "A person who intentionally or through gross negligence places another in serious danger of losing his/her life or health, shall be sentenced, unless the same or a more severe penalty for the act is provided elsewhere in the law, for imperilment to a fine or to imprisonment for at most two years." (itálica del autor).

¹⁹⁵ Véase JESCHECK, *supra*, nota 7, p. 247. LANGE, *supra*, nota 7, p. 259, que afirma que no busca un tipo de peligro autónomo, sino un tipo básico de lesión corporal con dolo de peligro excesivo.

¹⁹⁶ Véase HIRSCH (1972), *GA*, p. 72.

¹⁹⁷ Véase *supra*, nota 157.

¹⁹⁸ Véase PAEFFGEN (1997), *NK-StGB* §18, marginal 69 y ss.; §226 marginal 8; KÜPPER, *FS Hirsch*, p. 629.

apenas puede considerarse convincente, en vista de los amplios marcos penales del §227 StGB: 3 a 15 años.

Finalmente, resulta sensato y pragmático señalar que, incluso asumiendo tal aumento de certeza, éste queda más que contrarrestado no sólo por las contradicciones en los marcos penales de los delitos cualificados por el resultado, sino especialmente por las considerables dificultades teóricas y prácticas que surgen con la aplicación del Derecho en los delitos cualificados por el resultado. Estas dificultades consumen recursos que, de otra forma, se podrían dedicar a la investigación de nuevas materias jurídicas y a la lucha contra nuevas formas de criminalidad¹⁹⁹.

5. Conclusión

Desde un punto de vista de Derecho comparado, el Derecho alemán ha elegido un camino intermedio entre el Derecho italiano y el español. Mientras el modelo italiano no parece digno de imitación a causa de sus tendencias penales de punibilidad del resultado y la consiguiente infracción del principio de culpabilidad²⁰⁰, el Derecho español supone una opción que lleva a una ausencia de delitos cualificados por el resultado. Los principales casos, en especial ante la cualificación por muerte, se solucionan a través de las reglas generales de solución de concurso. Si se considera el marco penal disponible como la medida más adecuada para expresar correctamente el injusto y la culpabilidad, entonces resulta de una comparación entre el castigo de la lesión con resultado de muerte como delito cualificado por el resultado y su castigo con reglas de concurso –en los Derechos español, sueco y suizo– que la última solución también trae consigo un castigo adecuado, reforzando, por un lado, el principio de absorción del Derecho alemán y reduciendo, por otro, de acuerdo con la doctrina mayoritaria el marco penal de la cualificación por el resultado.

Si se puede verificar esta conclusión también respecto a otros delitos cualificados por el resultado, entonces surge un argumento básico contra su supresión, consistente en que las valoraciones típicas no deben ser aplazadas hasta la individualización de la pena. Sin embargo, éste puede no ser decisivo, frente a los problemas de fondo tanto teóricos como prácticos vinculados a los delitos cualificados por el resultado. Con razón el legislador sueco estableció la derogación de los delitos cualificados por el resultado, entre otros motivos, para la consecución de una mayor claridad y sencillez de las disposiciones legales²⁰¹. La carga de la prueba revierte, entonces, en los que defienden la necesidad de los delitos cualificados por el resultado: son ellos quienes tienen que demostrar que estos delitos son imprescindibles para una justicia penal ordenada y no sólo por consideraciones de principios ni tampoco por los conocidos motivos de facilitación de prueba.

¹⁹⁹ Además, estas ideas empujan a los investigadores más jóvenes –sin exceptuar al autor de estas líneas– a tomar una posición sobre un tema, respecto al cual todo lo esencial ya se ha dicho. Así, aparecen nuevas aportaciones acerca del caos colectivo de la dogmática jurídico-penal alemana denunciado por Burkhardt, que espero tengan alguna aplicabilidad a diferencia de otras muchas (véase BURKHARDT [2000], “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”, en, ESER/HASSEMER/BURKHARDT [Coord.] [2000], *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, p. 111 y ss.).

²⁰⁰ Restrictivamente la EGMR, nota 36 y ss.

²⁰¹ Véase Nytt Juridiskt Arkiv II, *Tidskrift for lagstiftning*, 1962, p. 92; TRÅSKMAN, *supra*, nota 161.

6. Tabla de sentencias citadas

Corte Costituzionale delle Repubblica italiana

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
Decisión de la Corte Corte Costituzionale	24.3.1988	364	---

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
TEDH	29.8.1997	RJD 17 (1997-V S. 1477)	A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland
TEDH	29.8.1997	RJD 17 (1997-V S. 1509)	E.L., R.L. and J.O.-L. v. Switzerland
TEDH	7.10.1988	Serie A Tomo 141 A	Salabiaku v. France
TEDH	25.9.1992	Serie A Tomo 243	Pham Hoang v. France

Sentencias del Tribunal Supremo español

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 28.3.1984	RJ 1984\2299	Díaz Palos
STS, 2ª, 19.5.1997	RJ 1997\4506	Martín Pallín
STS, 2ª, 23.5.2000	RJ 2000\6102	García-Calvo Montiel
STS, 2ª, 8.07.1998	RJ 1998\5816	Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 3.10.2000	RJ 2000\8724	Martínez Arrieta
STS, 2ª, 30.09.2000	RJ 2000\8111	García Ancos

7. Bibliografía

Monografías:

ANTOLISEI/CONTI (2000), *Istituzioni di Diritto penale*.

AMBOS (2002), *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Dunker & Humblot, Berlín.

BACIGALUPO (1994), *Principios de derecho penal. Parte general*, Akal, 3ª ed., Torrejón de Ardoz.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (1994), *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, 4ª ed., Barcelona.

CANESTRARI (1989), *L'illecito penale preterintenzionale*.

CARDENAL MURILLO (1990), *La responsabilidad por el resultado en derecho penal*, Edersa, Madrid.

- CEREZO (1982), *Problemas fundamentales del derecho penal*, Tecnos, Madrid.
- CEREZO (1993), *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid.
- CEREZO (2000), *Derecho Penal. Parte general- Lecciones*, 2ª ed., UNED, Madrid.
- CEREZO (1998), *Curso de Derecho penal. Parte general II*, 6ª ed., Tecnos, Madrid.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1990), *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- CONTE/MAISTRE DU CHAMBON (2000), *Droit pénal general*, 5ª ed.
- CORNILS/JAREBORG (2000), *Das schwedische Kriminalgesetzbuch*.
- CRESPI/STELLA/ZUCCALA (2004), *Comentario breve al Codice Penale*, 7ª ed.
- DESPORTES/LE GUNEHEC (2001), *Droit pénal general*, tomo 1, 8ª ed.
- EISENBERG (2000), *Kriminologie*, 5ª ed., §45, marginal 15.
- FERSCHL (1999), *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*.
- FIANDACA/MUSCO (2001), *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 4ª ed.
- FINCKE (1975), *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer, Berlín.
- GARÇON (1959), *Code pénal annoté*.
- GÓMEZ BENÍTEZ (1988), *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid.
- GOMEZ DE LIAÑO *et al.* (1984), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, 2ª ed.
- JESCHECK (1958), *Niederschriften über die Sitzung der großen Strafrechtskommission*, tomo 2.
- LACKNER/KÜHL (2001), StGB, § 227 marginal 5.
- LACKNER/KÜHL (2001), StGB, 24. Aufl. 2001, §18, marginal 3.

LORENZEN (1981), *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*.

LUZÓN PEÑA (1996), *Curso de derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid.

MANTOVANI (2001), *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., CEDAM, Padova.

MARINUCCI/DOLCINI (2004), *Corso di diritto penale 1*, 4ª ed.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ (1988), *El delito de robo con homicidio*.

MIR PUIG (2004), *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., PPU, Barcelona.

MISERÉ (1997), *Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge*, Berlín, 1997.

MOSCO SO DEL PRADO Y MUÑOZ/RUIZ DE ERENCHUN (1976), *Código Penal*, Aranzadi, Pamplona.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2004), *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia.

PADOVANI (2004), *Diritto penale*, 7ª ed.

PAGLIARO (2003), *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano.

RASSAT (2001), *Droit pénal spécial*, 3ª ed.

RENGIER (1986), *Erfolgsqualifizierten Delikte und verwandte Erscheinungsformen*.

SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN (2001), StGB, §18, marginal 4.

SESSAR (1981), *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*.

Capítulo en Libro Homenaje:

BACIGALUPO (1999), Principio de culpabilidad e individualización de la pena, en CEREZO *et. al.* (1999), *Libro homenaje a Torío López*, Comares, Granada, p. 34 y ss.

GEILEN (1974), *FS Welzel*, p. 655 y ss.

HIRSCH (1985), *FS Oehler*, p. 112 y ss.

KÜPPER, *FS Hirsch*, p. 629 y ss.

LUZÓN PEÑA (1999), *Observaciones sobre culpabilidad y pena en el CP de 1995*, en CEREZO *et al.* (Coord.), *Libro homenaje a Torío López*, pp. 162 y ss.

Capítulo de monografía:

BURKHARDT (2000), "Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik", en, ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Coord.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 111 y ss.

CANESTRARI, *Preterintenzione*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IX, 1995, pp. 694 y ss (716 y ss., 725).

KÜHL (2000), en ROXIN/WIDMAIER (Coord.), *Festgabe BGH*, tomo IV, p. 242 y ss.

KÜPPER (1999), *FS Hirsch*, p. 615 y ss.

SILVELA en GIMBERNAT (1966), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 204 y ss.

SUÁREZ MONTES (1999), en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Art. 1 a 18, pp. 168 y ss.

TRÄSKMAN (1998), en HOLMQVIST/LEIJONHUFVUD/TRÄSKMAN/WENNBERG/BROTTSBALKEN, *Ein Kommentar*, Kap. p. 1-12., 7ª ed., 1998 (julio 2000).

VIVES ANTÓN (1996), en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al CP de 1995*, tomo II.

WEIGEND (1989), en HIRSCH/WEIGEND (coord.), *Strafrecht*.

Artículos en publicaciones periódicas:

ALTENHAIN (1996), *GA*, 20.

BAUMANN (1958), *ZStW* 70, pp. 227 y ss.

BINDOKAT (1977), *JZ*, p. 549 y ss.

BUSSMANN (1999), "Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz", *GA*, n° 1, enero 1999, p. 21 y ss.

CORCOY BIDASOLO (1996), "Relevancia del consentimiento, el conociendo y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva", *ADPCP*, p. 292 y ss.

DÍEZ-RIPOLLÉS (1982), *ADPCP*, p. 629 y ss.

DÍEZ-RIPOLLÉS (1983), "Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980 (II)", *ADPCP*, pp. 101 y ss.

DÍEZ-RIPOLLÉS (1984), *“Die durch eine fahrässig herbeigeführte schwerere Tatfolge qualifizierten Delikte und das Schuldprinzip”*, ZStW 96, p. 1059 y ss.

EISENBERG (1983), JR, 1983.

GONNARD (1999), *Juris Classeur pénal, Violences*, Art. 222-7 a 222-16, FET 10 [5, 1999], n° 27.

HARDWIG (1965), *“Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt”*, GA, p. 97.

HIRSCH (1972), *“Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts”*, GA, 1972, p. 67 y ss.

HORMAZÁBAL (1997), *JpD* 26 (julio), 56 y ss.

HORMAZÁBAL (1997), *JpD*, 26, julio, p. 55.

HORMAZÁBAL (1997), *JpD*, n° 29 (julio), p. 54.

HRUSCHKA (1967), *“Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten”*, GA 1967, p. 42 y ss.

HUERTA TOCILDO (1984), *La Ley 1984-4*, p. 198.

KÜPER (1976), *NJW*, p. 543 y ss.

KÜPPER (1999), *“Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte”*, ZStW, p. 791 y ss.

MAIWALD (1974), *“Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte”*, GA, p. 257 y ss.

MAIWALD (1984), *JuS*, p. 439 y ss.

MAQUEDA ABREU (1987), *“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”*, CPC, p. 194 y ss.

OEHLER (1957), ZStW.

PAEFFGEN (1989), *JZ*, 1989, p. 221 y ss.

PAEFFGEN (1997), *NK-StGB*, §18.

PAEFFGEN (1997), *NK-StGB*, § 226 marginal 30.

RENGIER (1999), *“Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. Strafrechtsreformgesetz”*, ZStW 111, 1999, p. 21 y ss.

RUDOLPHI (1995), *SK-StGB*, §18, 1995.

SCHOLZ/UHLE (2001), *NJW*, 2001.

SCHRÖDER (1956), *NJW*, p. 1737 y ss, 1956.

SCHRÖEDER (1994), *LK-StGB*, § 18, 1994, 11^a ed.

SCHRÖEDER (1998), "*Technische Fehler beim neuen Brandstiftungsrecht*", *GA*, p. 571 y ss.

SCHUBARTH (1973), "*Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte*", *ZStW* 85 (1973), p. 754 y ss.

SOWADA (1995), "*Die erfolgsqualifizierten Delikte im Spannungsfeld zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*", *Jura* 1995, p. 645 y ss.

SUÁREZ MONTES (1993), "*El principio de culpabilidad en la reforma del Código penal de 1983*", *CPC*, p. 91 y ss.

TIEDEMANN (1992), en LAHTI/NUOTIO (Hrsg.) (1992), *Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, p. 280 y ss.

WOLTERS (1998), "*Die Neuregelung der Brandstiftungsdelikte*", *JR*, p. 271 y ss.

WELTER (1981), "*Zur strukture der erfolgsqualifizierten Delikte*", *JuS* 1981.

Traducciones:

Traducción de RIZ/BOSCH (1995), *Italienisches Strafgesetzbuch/Codice Penale Italiano*.

Archivos:

Nytt Juridiskt Arkiv II, *Tidskrift for lagstiftning*, 1962.

8. ANEXO: Normas del StGB²⁰² citadas en el texto

§ 8 *Tiempo del hecho:*

Un hecho se comete en el momento en el cual el autor o el partícipe han actuado o en los casos de omisión cuando debería haber actuado. La producción del resultado no es determinante.

§ 18 *Pena más grave en consecuencias especiales del hecho:*

Si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella solo se aplica al autor o partícipe cuando a él se le carga esta consecuencia al menos culposamente.

§ 38 *Duración de la pena privativa de libertad:*

- 1) La pena privativa de libertad es temporal si la ley no conmina con pena privativa de libertad perpetua.
- 2) El máximo de la pena privativa de libertad temporal es de quince años y el mínimo de un mes.

§ 52 *Unidad de hecho:*

- 1) Si se quebranta con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces, entonces sólo se aplicará una pena.
- 2) 1. Si se quebrantan varias leyes penales, entonces la pena se determinará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave. 2. La pena no puede ser inferior a lo admitido por las otras leyes penales aplicables.
- 3) La multa puede imponerla el tribunal bajo los presupuestos del art. 41 en forma separada pero junto a la pena privativa de la libertad.
- 4) 1. Si se permite la pena pecuniaria en la ley aplicable, entonces puede el tribunal reconocer por separado una pena de privación de libertad perpetua o temporal de más de dos años. 2. Por lo demás, se debe o se puede reconocer las penas accesorias, las consecuencias accesorias y las medidas conforme al art. 11 inciso 1. Numeral 8, cuando una de las leyes aplicables lo prescribe o lo permite.

§ 54 *Conformación de la pena global:*

- 1) 1. Si una de las penas únicas es la pena privativa de la libertad, entonces se impondrá como pena global la pena privativa de la libertad perpetua. 2. En los restantes casos la pena global será la conformada a través de la elevación de la pena más grave en que se ha incurrido. En penas de distinta clase la pena global se conformará mediante elevación de la pena de la clase más alta. 3. Para ello se evalúan conjuntamente la personalidad del autor y las particularidades de los hechos punibles.
- 2) 1. La pena global no puede alcanzar la suma de las penas particulares. 2. La pena global no puede superar en los casos de pena privativa de la libertad temporal quince años; en los casos de pena pecuniaria el valor de patrimonio del autor y, en los casos de multa 720 importes diarios. El art. 43 a inciso 1 tercera frase rige en lo pertinente.

²⁰² Traducción al español en, Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

3) Si debe conformarse una pena global de una pena privativa de libertad y de una pena de multa, entonces para la determinación de la suma de las penas únicas un importe diario corresponde a un día de pena privativa de la libertad.

§ 211 Asesinato:

- 1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida
- 2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho para encubrirlo, mata a un ser humano

§ 212 Homicidio:

- 1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años.
- 2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de libertad de por vida.

§ 222 Homicidio culposo:

Quien cause la muerte de una persona por imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

§ 223 Lesión corporal:

- 1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.
- 2) La tentativa es punible.

§ 224: Lesión corporal peligrosa:

- 1) Quien cometa la lesión corporal 1. por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud, 2. por medio de un arma u otras herramientas peligrosas, 3. por medio de un atraco aleve, 4. con otro partícipe conjuntamente, o 5. por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida estará sujeto a la pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en los casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.
- 2) La tentativa es punible.

§ 226 Lesión corporal grave:

- 1) Si la lesión corporal tiene como consecuencia que la persona lesionada 1. pierda la visión de uno o de los dos ojos, el oído, el habla o la capacidad reproductora, 2. pierda un miembro importante del cuerpo y no lo pueda utilizar permanentemente, o 3. quede desfigurado permanentemente de manera considerable o caiga en padecimiento físico habitual, paralización o enfermedad mental o discapacidad, entonces la pena será de prisión de uno a diez años.
- 2) Si el autor causa intencional y deliberadamente una de las consecuencias señaladas en el inciso 1, entonces la pena privativa de la libertad no será inferior a tres años. En casos menos graves del inciso 1 deberá imponerse pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años; en casos menos graves del inciso 2 la pena privativa de la libertad es de uno hasta diez años.

§ 227 *Lesión corporal con consecuencia de muerte:*

- 1) Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (arts. 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años.
- 2) En casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.

§ 251 *Robo con resultado de muerte:*

Si el autor causa al menos por imprudencia la muerte de otra persona por medio de robo con violencia o con intimidación en las personas (arts. 249 y 250), entonces el castigo será de pena privativa de libertad de por vida o pena privativa de libertad no inferior a 10 años.

§ 306 *Incendio:*

- 1) Quien destruya total o parcialmente por medio de incendio o ponga fuego a: 1. edificios o cabañas, 2. industrias o instalaciones técnicas, especialmente máquinas, 3. bodegas o existencias de mercaderías, 4. vehículos automotores, de rieles, aéreos y acuáticos, 5. bosques, estepas o pantanos, o 6. instalaciones o productos agrícolas, alimentarios y forestales, será castigado con pena privativa de la libertad de uno a diez años.
- 2) En casos menos graves el castigo será pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

§ 306d *Incendio culposo:*

- 1) Quien en los casos del art. 306, inciso 1 o art. 306 a inciso 1 actúe culposamente o en los casos del 306 a inciso 2 cause culposamente el peligro será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.
- 2) Quien en los casos del art. 306 a inciso 2 actúe culposamente y cause culposamente el peligro será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

§ 306f *Provocación de un peligro de incendio:*

- 1) Quien fumando o por medio de fuego o luz ardiente, o tirando objetos encendidos o candentes o de otra manera ponga en peligro de incendio: 1. empresas y plantas inflamables, 2. plantas o empresas agrícolas o alimenticias en las cuales se encuentren sus productos, 3. bosques, estepas o pantanos, 4. campos sembrados o productos agrícolas fácilmente inflamables que se encuentran almacenados en campos, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años con multa.
- 2) De igual manera será castigado quien ponga en peligro de incendio una de las cosas implicadas en el inciso 1 numerales 1 y 4 y de esta manera ponga en peligro la integridad física y la vida de otra persona o cosas ajenas de considerable valor
- 3) Quien en los casos del inciso 1 actúe culposamente o en los casos del inciso 2 cause culposamente el peligro, será castigado con pena privativa de libertad hasta un año o con multa.