



Revista

ISSN 2007-4700

América

MÉXICO

Septiembre 2015 - febrero 2016

Número 9



## Otra propuesta de teoría del delito



Javier Gómez Lanz  
y Antonio Obregón García

Universidad Pontificia Comillas, Madrid

**RESUMEN:** *En este artículo se presentan los principales aspectos de la posición de los autores sobre la teoría del delito, procediéndose a un examen con cierto detalle de cuestiones de particular interés relativas al concepto material del delito (como la naturaleza del injusto y las diferencias entre la responsabilidad penal por dolo y la responsabilidad penal por imprudencia) así como referentes a la teoría de concursos.*

**PALABRAS CLAVE:** *Teoría del delito, concepto material de delito, teoría de concursos, naturaleza del injusto, dolo, imprudencia.*

**ABSTRACT:** *In this paper are exposed the mainly aspects of the authors position about theory of crime, proceeding to make a detailed analysis of topics of specific interest according to the material concept of crime (as the nature of unjust and the difference between crime responsibility for deliberate or negligence) as concurrence theory references.*

**KEY WORDS:** *Crime theory, crime material concept, concurrence theory, nature of unjust, mens rea, negligence.*

**SUMARIO:** *I. Introducción; II. La teoría del delito: toma de posición; III. Toma de posición sobre la naturaleza del injusto, del dolo y de la responsabilidad penal por imprudencia*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

## I. Introducción

Este artículo presenta la propuesta personal de los autores sobre aspectos controvertidos que vertebran radicalmente la estructura dogmática de la infracción penal. No obstante, la extraordinaria intensidad con que la disciplina del Derecho penal ha ido perfilando categorías y caracteres, sin desfallecimiento del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia, dificulta una selección de estos aspectos que no pueda tacharse de arbitraria o inconsistente. En este sentido, si bien, a nuestro juicio, debe concederse a la teoría de la pena una importancia que no hay que desdeñar,<sup>1</sup> es preciso admitir que, para ofrecer en un espacio razonable —pero con una deseable profundidad— una visión significativa de la situación actual del Derecho penal, así como la posición propia que se adopta sobre los aspectos más debatidos, tenemos que centrarnos en la teoría del delito y en la determinación de sus elementos básicos, pues dentro de los distintos apartados en que habitualmente se presenta la disciplina del Derecho penal, la teoría del delito suele considerarse el núcleo que define sustancialmente su configuración. También, inevitablemente, hay que reconocer que la polémica causalista-finalista ha constituido signo del debate científico que ha venido dominando la ciencia del Derecho penal en las últimas décadas, por lo que creemos necesario abordar particularmente la cuestión medular de esas diferencias doctrinales, es decir, el concepto y la articulación dogmática del dolo y de la imprudencia, con la expresión de nuestra particular posición. Ahora bien, en torno a esta discusión, y junto a ella, no cabe duda de que se precisa reseñar y explicar otros elementos básicos sobre los que se asienta la descripción científica de la infracción penal, de los que damos cuenta en este trabajo.

La labor que realizamos a continuación no representa un mero compendio de teorías ajenas. La aparente sencillez del sentido de este artículo contrasta, sin embargo, con la meditada reflexión conjunta que

ha requerido. Como hemos indicado, formulamos una propuesta personal de teoría del delito, en la que se enmarca parte de nuestras investigaciones recientes;<sup>2</sup> en todo caso, como señalara JESCHECK, somos conscientes de que “no hay ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto pasajero”<sup>3</sup> y, por tanto, la que aquí presentamos no sólo es una propuesta sujeta a crítica sino también a revisión continua.

## II. La teoría del delito: toma de posición

La noción de delito es una creación cultural e histórica y, en consecuencia, las notas del concepto dependen del grupo social en el que el término se use. Los rasgos necesarios para que una conducta se considere delito pueden variar de uno a otro ordenamiento y, precisamente por ello, la teoría del delito es una disciplina de ámbito estatal (o, cuando menos, asociada a ordenamientos que comparten tradición jurídico-penal). Esta perspectiva del concepto de delito evidencia desde un primer momento su relatividad; el objetivo de la elaboración del concepto de delito no es, por tanto, registrar un conjunto de atributos que nos permitan afirmar ‘esto es un delito’, sino ‘a esto lo llamamos delito’.<sup>4</sup>

En este sentido, la calificación de un hecho como “infracción penal” no deriva simplemente de confrontarlo con un artículo de la ley penal; al contrario, exige tener en cuenta un conjunto de elementos que, abstraídos de la ley penal, se presentan de forma organizada precisamente en el concepto de delito. Por consiguiente, el concepto material de delito debe estar sólidamente anclado en el ordenamiento que se estudia; en nuestro caso, en el Derecho penal español. Es preciso, por tanto, partir de un concepto formal de delito (delito como “hecho penado por la ley”) que sirva como marco para la construcción de un concepto jurídico-material, mediante la identificación y sistematización de los elementos o requisitos materiales que, conforme a la ley penal positiva, resultan indispensables para poder afirmar la existencia de un delito.

<sup>1</sup> A este respecto, aún resulta reveladora la calificación de las cuestiones penológicas como “muro de lamentaciones de los penalistas”, expresada por HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984, p. 137. Una visión de la teoría de la pena de la que participamos se encuentra en MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.); ARMENDÁRIZ LEÓN, C.; BELTRÁN NÚÑEZ, A.; GÓMEZ LANZ, J., y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Bosch, Barcelona, 2005.

<sup>2</sup> La exposición completa de nuestra propuesta personal sobre la Teoría del Delito se puede hallar en OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, F.J., *Derecho penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

<sup>3</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4ª ed. alemana por MANZANARES SAMANIEGO, Comares, Granada, 1993, p. 195.

En este apartado se presenta sintéticamente nuestra visión sobre la teoría del delito, que comprende: A) por una parte, una teoría sobre el concepto material general de delito, que resulta de aplicación a los casos normales de responsabilidad penal; B) por otra, una introducción a las formas especiales de imputación de responsabilidad penal que contempla el Código Penal (CP) español; y C) finalmente, la presentación de una teoría unificada de los concursos penales, conclusión —a nuestro juicio— necesaria del proceso de calificación definitiva del hecho punible.

## A) El concepto material general del delito

Desde la perspectiva antes enunciada, cuatro son los elementos que la ley penal española exige para poder afirmar la concurrencia de un delito: acción, tipicidad, falta de justificación (elementos que cabe agrupar en uno solo denominado “antijuridicidad penal”) y culpabilidad.

a) La recepción en el artículo 10 CP<sup>5</sup> español del principio de responsabilidad por el hecho trae consigo, como principal consecuencia sistemática, la congruencia de distinguir la *acción* como primer elemento del concepto material de delito. La definición de los delitos como “acciones y omisiones” justifica examinar, con carácter previo a la tipicidad, si se está ante hechos que, por no ser “acciones” ni “omisiones”, cabe, desde un primer momento, excluir del catálogo de infracciones penales. Así, con la fijación de la acción como primer elemento del concepto material de delito se persigue determinar qué hechos son genéricamente susceptibles de ser típicos y cuáles son sumariamente excluibles del elenco de infracciones penales. La vigencia del principio de legalidad exige proceder a esa delimitación conforme a la ley penal española; en consecuencia, el concepto de *acción* habrá de incluir todos los elementos comunes a la totalidad de tipos penales recogidos en la ley vigente y únicamente aquéllos.

En nuestra opinión, estos elementos son dos, y ambos tienen una importancia determinante: sólo son

genéricamente susceptibles de ser típicos —sólo son “acción”— los hechos (i) externos y (ii) voluntarios. Todas las conductas tipificadas en el CP español de 1995 son hechos externos voluntarios, o, si se prefiere, comportamientos externos y voluntarios.<sup>6</sup> Mientras que la exigencia de *exterioridad* deja fuera del ámbito de la “acción” los fenómenos mentales (en tanto que son hechos o estados de cosas que, como señala el Diccionario al definir “exteriorizar”, no se hacen patentes, se revelan ni se muestran al exterior), la *voluntariedad* entraña que el desarrollo del hecho exterior ha de depender de la voluntad, esto es, de una respuesta mediada por los centros cerebrales que rigen los aspectos cognitivo y afectivo-emocional del sistema nervioso.

Se trata, pues, de una concepción fundamentalmente objetiva de la acción: el único momento subjetivo es la exigencia de que la conducta sea voluntaria.<sup>7</sup> Como es sabido, la ubicación sistemática de los aspectos subjetivos de la conducta constituye uno de los tópicos clásicos en el debate sobre el concepto material de delito. A este respecto, aunque en este apartado segundo se esboza nuestra posición, es en el apartado tercero en el que la cuestión se aborda pormenorizadamente.

b) Todo delito es una acción *típica*, esto es, descrita en un específico tipo penal; dicho de otra manera, el tipo es la descripción legal del supuesto de hecho al que se asocia una pena. En línea con lo señalado respecto de la acción, la tipicidad es, en nuestra opinión, un predicado principalmente objetivo; la delimitación legal de los comportamientos típicos recurre primordialmente a elementos que describen objetivamente el proceso causal, aun cuando ocasionalmente se sirve de elementos normativos (que requieren una valoración conforme a normas) y subjetivos (relativos estos últimos al mundo anímico del sujeto). La tipicidad implica una valoración negativa de la conducta respecto de la que se predica: esa valoración negativa —ese (des)valor— se fundamenta en que la conducta tipificada constituye, en

<sup>4</sup> Cfr. BUENO ARÚS, F., *La Ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Civitas, Madrid, 2005, p. 69.

<sup>5</sup> Artículo 10 CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

<sup>6</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 153 y ss.

<sup>7</sup> Ciertamente, la adjetivación de la conducta como “voluntaria” no resulta suficiente por sí misma para caracterizar el concepto de acción defendido, razón por la que se ha precisado que tal voluntariedad se entiende como la dependencia de los centros cerebrales que rigen los aspectos cognitivo y afectivo-emocional del sistema nervioso. Por ejemplo, diverso es el uso que del término “voluntariedad” hacen LANDECHO VELASCO, C.M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte General*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 235 y ss., quienes, recuperando la distinción escolástica entre lo voluntario in se y lo voluntario in causa, extienden la referencia del término “voluntario” hasta abarcar el contenido de la voluntad del sujeto (contenido que comprende tanto lo que el sujeto quiso conseguir como lo que pudo evitar y no evitó).

## Otra propuesta de teoría del delito

opinión del legislador, un ataque (lesión o puesta en peligro) a bienes jurídicos fundamentales. De este modo, la tipicidad penal se sustenta en la lesividad de la acción para los bienes tutelados por el Derecho penal y no en la infracción consciente y voluntaria (esto es, dolosa) de un mandato legal. Más allá de la voluntariedad necesaria para poder hablar de acción, la tipicidad penal no demanda la constatación de una voluntad de infringir de modo consciente la ley penal (no exige examinar si la acción se ha realizado o no de forma dolosa).

Aun cuando en el apartado siguiente se abordará esta cuestión con mayor profundidad, cabe ya anticipar que esta concepción principalmente objetiva de la tipicidad se fundamenta en razones jurídicas concretas, entre las cuales cabe destacar las siguientes: (i) la caracterización general de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico español como el resultado de la existencia objetiva de una infracción, sin atender, por tanto, a la voluntad del sujeto de quebrantar la ley; (ii) la vinculación de la culpabilidad como elemento del delito con el principio de culpabilidad (que comprende, precisamente, el principio de responsabilidad subjetiva); y (iii) la caracterización legal de la imputabilidad en el CP español, que, por aludir a la capacidad intelectual como antecedente o presupuesto de la capacidad volitiva, apunta a una configuración del contenido del dolo que conduce a su inserción en el elemento de la culpabilidad.<sup>8</sup>

c) La tipicidad es la nota que caracteriza esencialmente a las conductas contrarias al ordenamiento penal, pero no es suficiente por sí misma para afirmar la antijuridicidad penal. Para ello es preciso, además, que la acción típica no se halle justificada (esto es, que no concurren causas de justificación). La *falta de justificación*, por tanto, expresa la ausencia de un permiso específico para realizar la acción típica, permiso que el legislador concede cuando estima que concurre un interés (i) cuya protección entra en conflicto con el bien jurídico tutelado por el tipo y (ii) cuyo valor es superior al de este último. Es cierto que la falta de justificación no contribuye en sentido estricto a la fun-

damentación de la antijuridicidad penal (ya que la contrariedad con el Derecho penal se manifiesta de forma completa en la tipicidad), pero, desde el punto de vista de la comprobación del injusto penal, la tipicidad es un juicio provisional de antijuridicidad penal que sólo se torna definitivo si se confirma la falta de justificación.

Dos son las causas de justificación que contempla el CP español: la legítima defensa y el estado de necesidad justificante de los apartados 4º y 5º del artículo 20 CP.

Las eximentes recogidas en el apartado 7º del artículo 20 CP español (cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), identificadas habitualmente como causas de justificación, deben, a nuestro juicio, considerarse como causas que excluyen la relevancia penal de la conducta y, por tanto, la tipicidad. La razón para ello es que en los supuestos que hallan cobijo bajo estas causas existe una obligación o una autorización de carácter genérico para la realización de la conducta, y no un permiso específico resultante de una ponderación de intereses (como en las causas de justificación).<sup>9</sup> La conformidad con el ordenamiento jurídico es en estos casos un juicio lógicamente previo, que se formula por parte de otro sector del ordenamiento y que precede a la eventual consideración de su relevancia penal.

En el mismo sentido, los supuestos de libre disposición de un bien jurídico disponible por parte de su titular (que la doctrina, haciendo uso de la figura del “consentimiento”, ha considerado usualmente como supuestos de justificación supralegal) también hallan, en nuestra opinión, su mejor acomodo sistemático entre las situaciones de falta de tipicidad. En estos casos, sin embargo, la razón es otra: cuando el titular de un bien jurídico disponible aprueba, con carácter previo, su lesión o puesta en peligro, no cabe hablar de un ataque jurídicamente desvalorado al bien jurídico y no se origina, consiguientemente, el desvalor de resultado asociado a la tipicidad.<sup>10</sup> Esta eficacia de la libre disposición tiene lugar, a nuestro juicio, aun cuando el tipo

<sup>8</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 256 y ss.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, vid. TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, traducción de ABANTO VÁSQUEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 156 y ss., quien acude a este criterio para valorar los distintos efectos sistemáticos de las llamadas “prohibiciones preventivas con reserva de permiso” y las denominadas “prohibiciones represivas con reservas de exoneración”.

<sup>10</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. I*, trad. de la 2ª ed. alemana por LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, pp. 519 y ss. En España, cfr. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, y SEGURA GARCÍA, M.I., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal: naturaleza y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

penal no indique nada al respecto, produciéndose las únicas excepciones cuando el tipo atribuye relevancia penal a la realización de la conducta también en los casos en los que el titular del bien jurídico aprueba su lesión o puesta en peligro (lo que equivale a catalogar el bien jurídico como bien indisponible, al menos en las condiciones descritas en el tipo).

A la vista de lo indicado hasta ahora, es posible identificar la *antijuridicidad penal* como primer macro-elemento del concepto material de delito, compuesto, como elemento básico, de la *tipicidad* y, como elementos periféricos, de la *acción* y de la *falta de justificación*. La tipicidad es el elemento crucial, el que permite determinar qué hechos constituyen un ilícito penal, fundamenta la antijuridicidad penal y la especifica dentro del género de la antijuridicidad. Pero el juicio de tipicidad presupone la existencia de hechos susceptibles genéricamente de ser típicos (la *acción*) y demanda, como complemento para afirmar la antijuridicidad penal, un examen de la ausencia de permiso jurídico específico para ejecutar la acción típica (la *falta de justificación*). Al objeto de resumir en una sola palabra el concepto de *acción típica no justificada*, podemos acudir al término empleado habitualmente: “*injusto*”; *injusto* es el sustantivo que designa al hecho del que se ha predicado el atributo de la antijuridicidad penal, es decir, a la conducta penalmente antijurídica. Y, en tanto que acción que ofende bienes jurídicos de forma injustificada, el injusto, la acción penalmente antijurídica, fundamenta la responsabilidad penal del sujeto que lo realiza.

d) Ahora bien, el Derecho penal, por constituir el instrumento más intenso y poderoso de los que dispone el Estado, exige, para *ponerse en marcha*, más requisitos que otras ramas del ordenamiento jurídico. Como se ha visto, el Derecho penal no construye el juicio de antijuridicidad (penal) sobre bases distintas a las del resto del Derecho, pero demanda algo más para imponer la sanción penal. Ese *algo más* —simplificando mucho— se halla en el ámbito de la culpabilidad. Así, para aplicar una pena, se precisa, además

de un injusto grave, que el sujeto que lo realiza se relacione de cierta forma con su conducta ilícita, esto es, (i) que reúna determinadas condiciones (*imputabilidad*), (ii) que su voluntad haya envuelto de determinada manera la perturbación del bien jurídico (*dolo*, como contenido de la voluntad) y (iii) que se halle en una situación normal (*exigibilidad de una conducta distinta*). Estos requisitos adicionales, necesarios para imponer una sanción penal, no se exigen —al menos no siempre ni totalmente ni de forma idéntica— para imponer otras sanciones jurídicas: la *nota diferencial* del delito respecto de otras infracciones jurídicas es, por tanto, la culpabilidad, elemento que recoge los requisitos *subjetivos* que son propios, privativos o singulares del delito como objeto del Derecho penal.

d1) En atención a lo establecido por el artículo 20 CP español, el concepto de *imputabilidad* acogido en el Derecho penal español incluye tanto la *capacidad para comprender* la ilicitud del hecho (es decir, la significación antijurídica de los propios actos) como la capacidad para *dirigir* la propia actuación conforme a esa comprensión. Es, en consecuencia, una concepción que parte del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad, pues la capacidad de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito del hecho presupone la capacidad de actuar de otro modo y, por tanto, la *libertad* de voluntad. Aun cuando se trata de una caracterización discutida de la imputabilidad (criticada por tesis deterministas que cuestionan la idea del libre albedrío),<sup>11</sup> su respaldo legal parece indiscutible, pues constituye la base sobre la que el artículo 20 CP español construye las causas de inimputabilidad (la apreciación de una causa de inimputabilidad se sostiene, según los apartados 1º y 2º del artículo 20 CP, sobre la incapacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”).<sup>12</sup>

d2) Una vez verificado que el autor goza de la capacidad suficiente para imputarle personalmente la realización del injusto penal, es preciso examinar, como segundo elemento de la culpabilidad, que tanto su conocimiento como su voluntad abarcan íntegramente

<sup>11</sup> Una exposición minuciosa del debate sobre la cuestión se puede hallar en MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIII, 2000, en particular pp. 209 y ss., trabajo en el que es destacable la propuesta del propio autor de conciliar el determinismo con la libertad como fundamento de la culpabilidad penal con apoyo en la diferenciación entre una perspectiva externa (la de un hipotético observador externo omnisciente, según la cual el mundo es una concatenación de fenómenos causales sin margen para la libertad) y una perspectiva interna (la del ser humano inmerso en el curso causal, en la que el reconocimiento mutuo de nuestra condición de personas obliga a “detener la indagación causal” en las razones internas que manejamos al deliberar sobre nuestra actuación).

<sup>12</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “El principio de culpabilidad en las reformas penales”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 1095.

## Otra propuesta de teoría del delito

la realización de la conducta penalmente antijurídica. Cuando así ocurre, cabe afirmar que el autor del injusto penal obra con *dolo* y que, en consecuencia, le resulta reprochable la realización del injusto penal. El dolo es, en este sentido, el auténtico objeto y fundamento de la culpabilidad sobre el que recae el juicio de reproche en el que ésta consiste. Un reproche, por tanto, que se dirige al sujeto por haber querido realizar el injusto penal; tanto la imputabilidad como la exigibilidad de una conducta distinta son, a este respecto, elementos secundarios de la culpabilidad.

El dolo supone *conocer* que se está realizando el tipo de injusto y *querer* realizarlo. Consta, por tanto, de dos elementos: (i) *intelectivo*: conocimiento de los elementos de la acción típica y de la significación antijurídica de ésta; y (ii) *volitivo*: voluntad de realizar el tipo de injusto. La extensión del elemento intelectual del dolo al conocimiento de la significación antijurídica de la acción típica aproxima el concepto ofrecido a la noción de *dolus malus* del neoclasicismo, que diverge en este punto del *dolus naturalis* del finalismo.<sup>13</sup>

No obstante, la inclusión en el dolo del conocimiento de la significación antijurídica no deriva de una preferencia personal por una u otra sistemática, sino de la elaboración del concepto a partir de los presupuestos que la ley exige para imponer la pena: como se precisará en el siguiente apartado (en el que se desarrollará con más detalle nuestra toma de posición sobre la naturaleza del dolo), el concepto de imputabilidad al que se acaba de hacer referencia revela una configuración del contenido intelectual del dolo que comprende la conciencia de la antijuridicidad. Como consecuencia de esta concepción del dolo, todos los supuestos de error propio (ya sean de tipo o de prohibición) regulados en el artículo 14 CP español constituyen casos de ausencia o déficit de dolo que afectan a la culpabilidad como elemento del delito.

d3) En todo caso, tampoco la presencia de dolo es definitiva para afirmar la culpabilidad del sujeto, dado que el ordenamiento recoge casos excepcionales en

los que el autor de un injusto penal resulta exonerado del correspondiente reproche pese a que realiza tal injusto con dolo. Esta situación se produce cuando en los hechos concurren circunstancias anormales que, conforme a la ley, permiten *disculpar* la realización del injusto penal. En estos casos (en los que falta la *exigibilidad de una conducta distinta*), la ley toma en consideración la anormalidad de la situación para negar la culpabilidad del sujeto, aun estando presentes los requisitos genéricos (la imputabilidad y el dolo) para ser culpable.<sup>14</sup>

La concurrencia de estos tres elementos (imputabilidad, dolo y exigibilidad de una conducta distinta) en la persona del responsable del hecho es objeto de una desvaloración jurídica adicional a la ya expresada en la antijuridicidad penal. Mientras que la valoración negativa del injusto penal recae de forma objetiva sobre una conducta que ataca un bien jurídico, la valoración negativa del injusto penal *culpable* tiene que ver, en cambio, con el reproche que se dirige al responsable de la realización de esa conducta previamente desvalorada por haber querido realizarla.

Antijuridicidad penal y culpabilidad determinan, pues, la existencia de un delito. La antijuridicidad penal fundamenta la responsabilidad penal y concreta la gravedad del ilícito del que se debe responder; la culpabilidad constituye un filtro que modula (o niega) la imputación de esa responsabilidad penal al sujeto, estableciendo en qué medida y hasta qué punto éste ha de responder del injusto realizado.<sup>15</sup>

e) No obstante, el examen de algunas previsiones del CP español lleva a un conjunto relevante de autores a plantear la necesidad de un elemento adicional —la *punibilidad*— para poder afirmar la existencia de un delito. Este elemento añadiría a las exigencias propias de la antijuridicidad penal y de la culpabilidad, la efectiva asignación de una pena, por parte del legislador, a la acción típica, no justificada y culpable.

Desde los presupuestos que se han asumido, la atribución de este contenido a la punibilidad no puede

<sup>13</sup> En relación con la evolución del concepto de dolo en el Derecho penal español y su delimitación de la imprudencia, vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 247 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. CUERDA ARNAU, M.L., El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 77 y ss.

<sup>15</sup> Haciendo uso de la metáfora de la culpabilidad como filtro que describe HORN, cabe decir que “la culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de la pena, el quantum —único relevante— de lo injusto; con la medida de la culpabilidad sólo se determina el espesor de la malla del cedazo; con ‘escasa culpabilidad’ queda retenido ‘mucho injusto’ y la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con ‘plena culpabilidad’ queda adeudado en cuenta, al determinar la pena, todo lo injusto realizado” (citado en GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1980, p. 148).

sino sorprender. Si se acepta como punto de partida un concepto formal de delito como “hecho penado por la ley” con vistas a identificar y sistematizar los elementos materiales que han de concurrir en un hecho para que la ley imponga una pena, no es asumible señalar precisamente “la asignación legal de una pena” como uno de esos elementos. Los defensores de la autonomía de la punibilidad como elemento del delito aducen la existencia de situaciones (ciertamente, residuales) en las que —opinan— existe acción típica, no justificada y culpable, pero no se impone una pena por razones de política criminal. Sin embargo, la investigación detenida de la naturaleza de estos supuestos (normalmente designados como causas de exclusión de la punibilidad) permite comprobar que se trata de un conjunto heterogéneo de casos, susceptibles de un tratamiento diferenciado, y que, por resultar reconducibles a otras categorías,<sup>16</sup> no demandan la individualización de un elemento del delito agregado a la antijuridicidad penal y a la culpabilidad.

Dentro de este grupo de casos, y dada la relevancia que han adquirido recientemente, merece la pena destacar el debate referente a la caracterización dogmática de ciertos hechos posdelictivos positivos cuya producción origina no ya la atenuación de la responsabilidad penal, sino la renuncia legal a la exigencia de esta última.<sup>17</sup> La opinión más tradicional, con el respaldo de la referencia legal en estos casos a la “exención” de responsabilidad penal (expresión idéntica a la empleada en el artículo 20 CP español), calificaba este tipo de hechos como “excusas absolutorias” que impedían la aparición de responsabilidad penal por faltar precisamente la punibilidad como elemento integrante de la infracción penal materialmente considerada.<sup>18</sup> Más tarde, la doctrina española, importando una distinción habitual en la doctrina alemana, comenzó a diferenciar entre circunstancias concu-

rrentes en el momento de comisión de la conducta típica (como la condición de pariente en los términos descritos en el artículo 268 CP) y circunstancias que necesariamente operan con posterioridad al hecho. Tanto unas como otras afectan también, según esta línea doctrinal, a la punibilidad, pero mientras que las primeras impiden el surgimiento de responsabilidad penal, las segundas provocan la desaparición retroactiva de una punibilidad ya surgida.<sup>19</sup> Para estas segundas causas de exclusión de la punibilidad —netamente posdelictivas— esta doctrina propuso emplear la denominación “causas de levantamiento de la pena”.<sup>20</sup>

Si se examinan las características que se atribuyen doctrinalmente a esta categoría, se puede advertir que coinciden con los rasgos identificativos de las causas de extinción de la responsabilidad penal previstas en el artículo 130 CP español: así ocurre con su localización temporal (acontecen después de la realización del hecho), su disociación del injusto culpable, su carácter personal (no benefician a los otros intervinientes en la realización del hecho) y, especialmente, con sus efectos (liberación o supresión de la pena). En este escenario, si bien es cierto que las “causas de levantamiento de la pena” constituyen, en la actualidad, la categoría predilecta de los autores para ubicar el comportamiento posdelictivo positivo que da lugar a la renuncia estatal a la imposición de una pena, no se advierte, a nuestro juicio, la utilidad de importar una institución de origen doctrinal y ajena a nuestra ley penal con el propósito de identificar un subconjunto de circunstancias que comparten todos los atributos definitorios de una institución legal propia de nuestro ordenamiento. Creemos, en conclusión, que la calificación jurídica de este fenómeno debe articularse a través de la categoría de causas de extinción de la responsabilidad criminal.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Así, mientras que las denominadas “causas personales” de exclusión de la punibilidad constituyen, en realidad, meros óbices procesales para la persecución del delito, entre los supuestos que tradicionalmente se han agrupado en las “excusas absolutorias” se incluyen casos de falta de tipicidad (como ocurre con las sustracciones entre parientes del artículo 268 CP español) o de desistimiento o arrepentimiento activo (como algunos supuestos de revelación de la rebelión o sedición contemplados en los artículos 480.1 y 549 CP español).

<sup>17</sup> Es el caso de los supuestos recogidos en los artículos 305.4, 307.3, 308.5, 354.2, 426, 462 y 225 bis.4º del CP español.

<sup>18</sup> HIGUERA GUIMERA, J.F., *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 27 y ss., y GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Nociones fundamentales...*, op. cit., pp. 320 y ss.

<sup>19</sup> FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Punibilidad y proceso penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008, p. 14.

<sup>20</sup> FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 44 y s. Para el caso específico de la regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, vid. BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, publicado en <http://eprints.ucm.es/30963/1/T36183.pdf>, pp. 211 y ss.

<sup>21</sup> Con más detalle, vid. OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, F.J., “La reparación del bien jurídico como medio de resolución del conflicto penal”, en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 123 y ss.

## Otra propuesta de teoría del delito

## B) Formas especiales de responsabilidad penal

Para concluir esta presentación general, es preciso, por último, aludir a aquellos supuestos en los que la previsión de responsabilidad criminal no se asocia a la presencia de un “delito” configurado en los términos que se acaban de describir (esto es, de un injusto culpable con todos los elementos indicados). El CP español contempla casos que, pese a los esfuerzos desarrollados por la doctrina penal para reconducirlos a los parámetros generales de imputación de responsabilidad criminal, no pueden integrarse en el concepto general de delito sin alterar su configuración legal. En nuestra opinión, en lugar de forzar su incorporación a la teoría general, es preferible mantener la coherencia de las categorías ordinarias y considerar que tales casos constituyen *situaciones excepcionales* en las que la imputación de responsabilidad penal entraña presupuestos distintos. Estas situaciones se caracterizan así por la atribución de una pena (y, por ende, de responsabilidad criminal) a sujetos que realizan conductas en las que resulta apreciable algún déficit en los elementos que integran el concepto de delito.

Así ocurre en los siguientes casos:

(i) en las *tentativas de delito* y en la *participación en el delito*. En las primeras se observa una carencia en la tipicidad (ya que están presentes todos los elementos de la conducta típica que, por ello, no se ve consumada) que conduce a que la ley asocie al comportamiento una reducción de la pena prevista en el tipo delictivo. En el caso de la participación, el sujeto no realiza el tipo específico de ningún delito, sino un tipo de carácter *genérico* para todos los partícipes de la misma clase que es, además, accesorio al tipo realizado por el autor. Esta accesoriedad del tipo (y, consiguientemente, del injusto penal) origina una situación de dependencia de la responsabilidad penal del partícipe respecto de la responsabilidad penal del autor, que se articula prácticamente a través de principios como el de “unidad del título de imputación” y el de “accesoriedad”;

(ii) en los *delitos imprudentes*, en los que se observa un déficit de culpabilidad derivado de la ausencia de dolo que la ley penal “compensa” con una exigencia

adicional en el plano de la tipicidad (la necesidad de que se haya producido una infracción del deber de cuidado).<sup>22</sup> Por la relevancia teórica y práctica de estos supuestos, el tercer apartado de este trabajo se dedica a la presentación de la propuesta que se defiende sobre el tratamiento dogmático de la responsabilidad penal por imprudencia; y

(iii) finalmente, en la *responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, que no viene asociada a la consideración de las personas jurídicas como posibles sujetos activos de las conductas típicas, sino que resulta de la comisión de un delito por una persona física con un vínculo especial con la persona jurídica. Así, el apartado 1 del artículo 31 *bis* CP español establece *dos situaciones* en las que una persona jurídica puede incurrir en responsabilidad penal: (a) cuando un representante legal de la persona jurídica o una persona que, actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica, está autorizada para tomar decisiones en nombre de ésta u ostenta facultades de organización y control dentro de ésta, comete un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de esta última; y (b) cuando una persona física distinta de las anteriores, pero sometida a su autoridad (fundamentalmente, un empleado), comete un delito en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, siempre que el hecho se haya podido realizar porque, atendidas las concretas circunstancias del caso, las personas indicadas en el apartado (a) hubieran incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad. Se trata, de este modo, de un régimen extraordinario de imputación fundado, al menos parcialmente,<sup>23</sup> en la responsabilidad por el hecho ajeno, por lo que su tratamiento ha de ser independiente del modelo estándar de responsabilidad penal.

## C) Teoría de los concursos penales

La calificación jurídica de un hecho que reviste los caracteres de delito, así como la configuración de la responsabilidad criminal que éste genera, deberían poderse considerar ya agotadas con el análisis de todos

<sup>22</sup> La consideración del “delito de comisión imprudente” como una “forma especial de manifestación de la acción punible” aparece ya en JESCHECK, H.H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de la 5ª ed. alemana por OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002, pp. 603 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 169 y ss.

los aspectos examinados anteriormente, que de modo habitual completan los estudios doctrinales sobre la teoría del delito. Sin embargo, en ocasiones —más bien cabría decir casi siempre— una conducta relevante penalmente puede subsumirse en varias normas penales, reguladoras de otras tantas figuras delictivas, y se requiere decidir si se aplican todas, algunas o sólo una de ellas. Para la calificación definitiva del hecho punible se hace preciso, entonces, dar un paso más, que sí puede considerarse concluyente: la determinación de la norma o normas aplicables al hecho. Ésta es la cuestión fundamental que se sustancia en la llamada teoría de los concursos penales y cuyo examen, si bien suele presentarse dividido entre la teoría de la ley penal (los concursos de normas o de leyes) y la teoría del delito y/o la teoría de la pena (los concursos de delitos), debe ser objeto de tratamiento unitario, hasta el punto de constituir el corolario imprescindible de una teoría del delito integral.<sup>24</sup>

En los problemas concursales la cuestión esencial radica en determinar la norma o normas aplicables al supuesto, ya sea una sola de las concurrentes, ya sea un conjunto de las mismas. Esta identificación resulta trascendental para la calificación jurídica del hecho o hechos cometidos y, consecuentemente, para la medición de la responsabilidad criminal contraída.<sup>25</sup> Es el artículo 8 CP español, en los preceptos referentes a la aplicación de la ley penal, el destinado a describir el fenómeno concursal y disciplinarlo básicamente. En este precepto el legislador marca un método de proceder, cuya meta consiste, como en todo problema de determinación de la gravedad de la responsabilidad criminal, en el logro de la proporcionalidad: i) en primer término, el citado artículo 8 CP define el concepto de concurso: cualquier supuesto que incluya un hecho o varios “susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos” del Código Penal; ii) seguidamente, determina cuáles son las normas de aplicación preferente: los artículos 73 a 77 CP español, que generalmente se identifican como las reglas concernientes a los concursos de delitos, y que presuponen que el hecho o hechos cometidos constituye o constituyen dos o más infracciones penales; iii) a continuación,

para el caso de que no pueda calificarse el concurso como de delitos, preceptúa una serie de normas subsidiarias: las cuatro reglas del artículo 8 CP, que se corresponden con los llamados concursos de normas o de leyes (ya que, al no haber más que una infracción, sólo es aplicable una de las normas en concurso); iv) y, finalmente, establece una relación de dependencia interna entre las reglas relativas al concurso de normas: éste se resuelve acudiendo, *prima facie*, a las tres primeras reglas definidas en el artículo 8 CP (conocidas como relaciones de especialidad, subsidiariedad y consunción), orientadas a determinar la norma capaz de captar por sí sola todo el desvalor del hecho; pero, “en defecto de los criterios anteriores”, se atiende a la regla que dispone que se aplique el precepto penal más grave (denominada frecuentemente regla de alternatividad).

Este orden de prelación se fundamenta en el principio de íntegra valoración del hecho, trasunto del principio de proporcionalidad, según el cual la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico (del injusto), así como al grado de culpabilidad. La consecuencia penológica del concurso debe perseguir captar al máximo el desvalor de la conducta, por lo que si el hecho constituye dos o más infracciones, que deben ser apreciadas para valorar íntegramente ese desvalor, hay que dirigirse, inicialmente, al concurso de delitos; pero si no puede considerarse que el hecho constituye dos o más infracciones —principalmente, como en seguida se aclarará, a consecuencia del significado y exigencias del principio *non bis in idem*—, habrá que comprobar si uno solo de los preceptos capta todo el desvalor del hecho, lo que lo convertirá en el precepto aplicable (y en ese caso el principio de proporcionalidad se satisface íntegramente), y si no, se necesitará aplicar el precepto que capte una mayor cantidad de desvalor (con lo que el principio de proporcionalidad se satisface en la máxima medida posible).

En este sistema diseñado por el CP español, constituye momento esencial, pues, el de la resolución del dilema entre la aplicación de las reglas de los concursos de delitos o las del concurso de normas.

<sup>24</sup> Resalta también esta conexión ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 102 y ss.

<sup>25</sup> La vinculación del concurso de delitos con la teoría de la pena ha sido más destacada que en el caso del concurso de leyes; sobre la ubicación de la teoría del concurso de delitos —entre la teoría del delito y la de la pena—, cfr., entre otros, SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, pp. 20 y ss.

## Otra propuesta de teoría del delito

La base de la aplicación de las reglas concursales propias del concurso de delitos es, como se ha comentado, la afirmación de la existencia de más de una infracción. La concurrencia de este presupuesto reclama, al menos, dos condiciones: una positiva, la pluralidad de realizaciones típicas (el hecho debe ser subsumible en varios tipos), y otra positiva-negativa, la pluralidad de infracciones, lo que, en opinión de la doctrina mayoritaria, implica la ausencia de vulneración del principio *non bis in idem*.

Desde la STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2), el Tribunal Constitucional viene reconociendo que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad penal en materia penal y sancionadora; este principio, de acuerdo con el pronunciamiento del citado Tribunal, veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Pero puede añadirse algo más: como expone GARCÍA ALBERO,<sup>26</sup> la consecuencia de la imposibilidad de una doble sanción con idéntico fundamento por un mismo hecho viene ligada materialmente a la prohibición de una doble valoración de ese hecho; el principio *non bis in idem* no sólo supone que no se puedan imponer dos sanciones por el mismo hecho, sino también que no se puede valorar dos veces el mismo elemento.

Por tanto, el principio *non bis in idem* queda conculcado si se aprecia la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se aplican las reglas del concurso de delitos, cuando los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho. En otras palabras, si una parte nuclear de injusto es común a los preceptos concurrentes —que describen los delitos cuya aplicación se pretende—, debe negarse la afirmación de una pluralidad de infracciones y excluirse la apreciación de un concurso de delitos. Y esa interferencia relevante se produce, al menos, cuando el bien jurídico protegido en los distintos preceptos es el mismo (o son dos que se hallan estrechamente vinculados, como vida y salud), de tal modo que el desvalor de resultado (el ataque al bien jurídico), en el caso concreto, resulta total o parcialmente coincidente.

De esta manera, en caso de que no sea posible la íntegra valoración del hecho sin conculcar el principio *non bis in idem*, tanto éste como otros principios

informadores del Derecho penal obligan a rechazar cualquier solución que implique un exceso punitivo y a dirigir necesariamente la solución del problema hacia las reglas previstas en el artículo 8 CP español para el concurso de normas, que procurarán a su vez la valoración completa del hecho, aunque no sea plena.

### III. Toma de posición sobre la naturaleza del injusto, del dolo y de la responsabilidad penal por imprudencia

Por su naturaleza de núcleo y fundamento del injusto penal, las características que cualquier teoría dogmática atribuye al elemento de la tipicidad prefiguran de modo esencial la defensa de uno u otro concepto material de delito. En este sentido, pese a la cada vez menor repercusión de la disputa filosófica subyacente a la controversia entre el neoclasicismo y el finalismo,<sup>27</sup> persiste en cambio la actualidad del principal debate sistemático entre estas dos corrientes: la discusión entre una perspectiva principalmente objetiva de la tipicidad (asociada a la consideración del dolo y la imprudencia como formas de la culpabilidad) y un concepto personal del injusto (determinante de la incorporación del dolo y la imprudencia al denominado “tipo subjetivo”). Es fácil colegir cómo la adopción de una u otra concepción de la tipicidad da lugar, a su vez, a una diferente caracterización tanto de la culpabilidad como del delito en su conjunto.

#### A) Toma de posición sobre la naturaleza (objetiva o subjetiva) del injusto

Como se ha adelantado en el anterior apartado, creemos que, en el contexto de esta polémica, resulta más asumible una concepción predominantemente objetiva del tipo, próxima a la propuesta neoclásica, en la que la presencia de elementos subjetivos en la descripción de la conducta se contempla como una situación excepcional y, en todo caso, dependiente de una decisión legislativa en tal sentido. El fundamento último de esta posición, como también se ha indicado ya, radica en la adscripción a la tipicidad de una valoración negativa conectada con el carácter lesivo para el bien jurídico que la ley atribuye a la conducta tipificada.

<sup>26</sup> GARCÍA ALBERO, R., “Non bis in idem” *material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 228 y ss.

<sup>27</sup> Sobre la discusión entre ambas escuelas, *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 481 y ss.

Resulta innegable que no es ajena a esta configuración objetiva de la tipicidad una cierta predilección por enfatizar, como misión última del Derecho penal, la tutela de bienes jurídicos frente a la determinación de la conducta ciudadana. No obstante, existen a nuestro juicio razones estrictamente técnico-jurídicas que la respaldan; es pertinente en este momento proceder a una explicación algo más detallada de estas razones, que ya fueron objeto de enunciación en el apartado anterior.

Una concepción principalmente objetiva de la tipicidad se apoya, en primer lugar, en la *caracterización general de la antijuridicidad* en el ordenamiento español. En este sentido, más allá del Derecho penal, cabe afirmar que, con carácter general, la ilicitud (la antijuridicidad) no depende en otras ramas del ordenamiento jurídico de la voluntad del sujeto de quebrantar la ley, sino de la existencia objetiva de una infracción.<sup>28</sup>

Es indudable, no obstante, que, dentro del ordenamiento jurídico, el Derecho penal ocupa una posición singular, tanto por la cualidad como por la intensidad de las consecuencias que asocia a la infracción. Esta singularidad no entraña una *forma diferente* de construir la *antijuridicidad*, pero sí determina que la *ilicitud no sea suficiente* para acordar la aplicación de la consecuencia jurídica prevista. A diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento, la imposición de la pena requiere, como ya se ha indicado, algo más que la antijuridicidad penal, *algo más* que tiene que ver con la existencia de una determinada relación del sujeto con su acción penalmente antijurídica y que se traduce en la exigencia de *culpabilidad* (y, en particular, de dolo) como elemento del delito adicional al injusto penal. Esta exigencia de culpabilidad distingue al Derecho penal del resto de ramas del ordenamiento

jurídico, aunque, ciertamente, la diferencia se ha comenzado a diluir merced a la extensión paulatina del principio de culpabilidad a todo el ordenamiento.

Ciertamente, esta demanda de un ingrediente adicional para la intervención penal puede intentar articularse mediante la reformulación en clave subjetiva de la categoría de la ilicitud en el Derecho penal; ésta es, precisamente, la consecuencia sistemática del concepto personal del injusto y de la inclusión del dolo en el tipo como tipo subjetivo. A nuestro juicio, es, sin embargo, más congruente que la exigencia añadida del Derecho penal se manifieste en el elemento de la culpabilidad y no en la subjetivización de la antijuridicidad. Y ello, fundamentalmente, por cuanto lo que hasta el momento se ha venido denominando “ingrediente adicional” o “exigencia añadida” para la imposición de las consecuencias penales constituye el *corolario sistemático del contenido fundamental del principio de culpabilidad*: los principios de *responsabilidad subjetiva* y de *imputación personal*. Traducir una de estas dos exigencias (el principio de responsabilidad subjetiva) en una subjetivización de la antijuridicidad —como defiende el concepto personal del injusto— supone no sólo postular una diferencia entre la ilicitud específicamente penal y la ilicitud en el resto de sectores del ordenamiento jurídico, sino disociar innecesariamente el elemento de la culpabilidad del principio del mismo nombre.<sup>29</sup>

Adicionalmente, es preciso considerar que una subjetivización de la antijuridicidad comportaría *vaciar de contenido el elemento de la culpabilidad*, pues a la reivindicación de la inserción del dolo en el tipo debería seguir, en buena lógica, la incorporación de la imputabilidad al injusto. Ésta sería la conclusión más plausible teniendo en cuenta que a la afirmación de la realización consciente y voluntaria de la

<sup>28</sup> Esta situación era ilustrada de forma manifiesta por el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que señalaba en su apartado 1º que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”. Aunque esta referencia concreta no ha sido recogida por la Ley 39/2015, de 1º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que deroga la referida Ley 30/1992 y entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016), también esta última establece previsiones que apuntan claramente a una caracterización objetiva de la ilicitud: en este sentido, pueden destacarse la incorporación de la exigencia de dolo y culpa en un precepto distinto (art. 28) al que proclama (art. 27) el “principio de tipicidad” y la referencia en el artículo 29 a la “existencia de intencionalidad” en conexión con el “grado de culpabilidad”.

<sup>29</sup> La conexión existente entre el principio de culpabilidad y la exigencia adicional específica del Derecho penal se ve asimismo reflejada en la relativa modernidad de la consagración definitiva del principio de responsabilidad subjetiva (aspecto básico del principio de culpabilidad). Así, contrasta la incorporación de la exigencia de dolo y culpa en un precepto de vestigios del principio *versari in re illicita* (que reivindicaba la imputación al agente de cualquier resultado causalmente vinculado con sus actos ilícitos) con la raigambre de los principios ligados a la antijuridicidad penal (como los de legalidad y humanidad, que aparecen ya formulados en el siglo XVIII, o el de exclusiva protección de bienes jurídicos, apuntado por Beccaria cuando habla del “daño a la sociedad” como “verdadera medida de los delitos” [*vid.* BECCARIA BONESANA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. DE LAS CASAS, J.A., Comares, Granada, 2008, p. 15]).

## Otra propuesta de teoría del delito

acción típica (dolo) debe preceder indiscutiblemente la comprobación de la capacidad del sujeto para obrar con la conciencia y voluntad que demanda la imputación penal (imputabilidad). Si la imputabilidad es la capacidad de “comprender la ilicitud del hecho” y de “actuar conforme a esa comprensión”, y el dolo es la actualización de esas capacidades en la realización —con esa comprensión y esa voluntad— de la conducta, la afirmación de la existencia de dolo (de dolo válido a efectos de la imputación penal) no es posible sin una previa verificación de la capacidad para actuar dolosamente. En este sentido, la incorporación al tipo de la práctica totalidad del contenido tradicionalmente asociado a la culpabilidad privaría de sentido a la propia noción de “tipo” e incluso a la división del delito en elementos.<sup>30</sup>

Pero, además, como ya se apuntó en el anterior apartado, el *concepto de imputabilidad que maneja el CP español* apunta a una configuración del contenido del dolo que conduce a su inserción en el elemento de la culpabilidad. Así, si se observan las eximentes recogidas en los apartados 1º a 3º del artículo 20 CP español puede comprobarse cómo la inimputabilidad resulta de la incapacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

Esta noción de imputabilidad alude a la capacidad intelectual (capacidad para comprender la ilicitud del hecho) como antecedente o presupuesto de la capacidad volitiva (capacidad de actuar *conforme a* esa comprensión). Esto supone que el examen de la capacidad volitiva no atiende sin más a la posibilidad de actuar libremente de un sujeto, sino a la posibilidad de actuar libremente de un sujeto de quien previamente se ha afirmado la capacidad de comprender la ilicitud.

La ley presupone, pues, una concepción del dolo conforme a la cual el elemento volitivo que lo integra se proyecta tanto sobre la comprensión de los elementos de la propia conducta como sobre el carácter antijurídico

de esta última. Se trata, por tanto, de una noción de dolo que incluye el conocimiento de la antijuridicidad —*dolus malus*— y que, en tal medida, sólo puede formar parte del elemento de la culpabilidad (ya que a la afirmación del conocimiento de la antijuridicidad debe anteceder la afirmación de la propia antijuridicidad).

Como puede comprobarse, todos estos argumentos conducen no sólo a la defensa de una concepción objetiva del tipo, sino a una noción del dolo inclusiva del conocimiento de la prohibición y a su consideración como auténtico fundamento de la culpabilidad y objeto principal del reproche asociado a ésta. Un reproche, por tanto, que se dirige al sujeto por haber querido realizar el injusto penal.

## B) Toma de posición sobre la naturaleza del dolo

Se asume, pues, una concepción del dolo —tradicional, por otra parte— conforme a la que éste exige *conocer* que se está realizando el tipo de injusto y *querer* realizarlo. Consta, por tanto, de dos elementos: (i) *intelectivo*: conocimiento de los elementos de la acción típica y de la significación antijurídica de ésta; y (ii) *volitivo*: voluntad de realizar el tipo de injusto.<sup>31</sup>

En cuanto al elemento intelectual, el sujeto debe tener, por una parte, conocimiento de los elementos de la conducta típica, esto es, ha de saber que tales elementos se hallan presentes en su comportamiento. Este conocimiento debe alcanzar tanto a los elementos descriptivos como a los elementos normativos del tipo: en el caso de los primeros, ha de extenderse, en su caso, al resultado, si bien basta con que el sujeto tenga conciencia de la probabilidad de que aquél se produzca como consecuencia de su acción; en el caso de los elementos normativos, el grado de conocimiento exigible al sujeto para afirmar la existencia de dolo es el habitual de los profanos en la materia jurídica y no el propio del especialista.<sup>32</sup> Por otro lado,

<sup>30</sup> La categorización del delito en elementos es una estrategia para acceder racionalmente a un fenómeno complejo, como es el delito, cuyos aspectos se encuentran en la realidad íntimamente imbricados. Sigue así el principio sentado por Descartes en el *Discurso del método* (“dividir cada problema en tantos problemas particulares como convenga para resolverlos mejor”) y, por ello, pierde utilidad si conduce finalmente al punto de partida: un examen unitario de la multiplicidad del objeto de estudio (*vid.* DESCARTES, R., *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, traducción de GARCÍA MORENTE, Tecnos, Madrid, 2005, p. 82).

<sup>31</sup> *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 555 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte General*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, pp. 459 y ss., y —defendiendo una doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad— RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 165 y ss.

<sup>32</sup> Basta, como señala Mezger en frase de cita obligada, con que el sujeto lleve a cabo “una valoración paralela en la esfera del profano”: es decir, no es preciso que efectúe una calificación jurídica del elemento normativo (MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3ª ed., trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955).

el sujeto debe tener además conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento, esto es, tiene que saber que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico. Basta también en este caso con el conocimiento propio del profano, sin necesidad de calificar jurídicamente el hecho: sólo es preciso saber que el hecho está prohibido.<sup>33</sup>

En lo referente al elemento volitivo, todo lo que es objeto de conocimiento tiene que ser objeto de resolución de voluntad. No es suficiente un mero deseo, sino que se precisa un auténtico *querer*, si bien esta voluntad puede tener distintas intensidades y diferentes manifestaciones.

No obstante, hay que dejar constancia de que un sector doctrinal cada vez más numeroso entiende que el dolo se compone exclusivamente de elementos intelectivos (*teoría intelectualiva o cognitiva*). MIR PUIG, uno de sus principales representantes, señala por ejemplo que basta para afirmar el dolo con el conocimiento de la conducta típica sumado a la “voluntariedad general” que se exige para calificar un hecho como acción a efectos del Derecho penal. De este modo, según MIR PUIG, para que haya dolo no es preciso que exista una aprobación, consentimiento o aceptación adicionales al carácter voluntario del hecho: “el dolo es la *voluntad consciente* resultante, sin más, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano”.<sup>34</sup> Algunos de los autores que defienden esta concepción intelectualiva del dolo fundan su argumento en la regulación del error que contiene el

artículo 14.1 CP español, deduciendo del tenor de este precepto que “el concepto de dolo sólo se extiende al conocimiento de los elementos (constitutivos) del tipo”.<sup>35</sup> Esta concepción intelectualiva del dolo ha hallado eco jurisprudencial en nuestro país, en particular desde la sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/6783, “caso del aceite de colza”), que, en alguna medida, supuso un punto de inflexión en la aproximación del Tribunal Supremo a esta cuestión. Así, son cada vez más frecuentes pronunciamientos judiciales que estiman que obra con dolo quien “conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca”.<sup>36</sup>

Un paso más da, incluso, la *teoría de la normativización del dolo*, propuesta en nuestra doctrina con carácter general por Vives Antón (para quien la afirmación del dolo no depende de “procesos mentales”, sino de reglas sociales y jurídicas puestas en relación con las competencias del autor) y manejada por un relevante sector doctrinal en el terreno del Derecho penal económico y de la empresa.<sup>37</sup> Esto es, de concebir el dolo como mero conocimiento, se pasa a una concepción del dolo basada en el *deber* de conocimiento. Así, por ejemplo, Martínez-Buján Pérez postula que para afirmar la presencia de una actuación dolosa en

<sup>33</sup> Conforme a la jurisprudencia [vid. las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2004 (RJ 2005/1114), 2 de marzo de 2006 (RJ 2006/2182), 7 de marzo de 2007 (RJ 2007/1782) y 24 de febrero de 2009 (RJ 2009/450)], para apreciar la concurrencia de este elemento es suficiente un conocimiento “eventual” de la prohibición (“basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto”). En ocasiones, la exigencia mengua hasta el punto de afirmar la satisfacción de este requisito si el autor “sospecha” que su conducta es contraria a Derecho [entre otras, vid. las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2006 (RJ 2006/3312), 23 de noviembre de 2006 (RJ 2007/583) y 15 de febrero de 2007 (RJ 2007/3385)].

<sup>34</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 269. Una defensa pionera en España del concepto intelectualivo del dolo puede hallarse ya en GIMBERNAT ORDEIG, E., “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., p. 193.

Siguen, en cambio, identificando un elemento volitivo en el dolo, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 144 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 405, y MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 267 y ss.

<sup>35</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 67. De forma más matizada, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, p. 278; RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 28 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 650. En relación con el paralelo § 16.1 del StGB, vid. STRUENSEE, E., “Consideraciones sobre el dolo eventual”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, octubre, 2009, p. 3.

<sup>36</sup> Vid. las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008, 10 de febrero de 2009, 2 de julio de 2009, 26 de octubre de 2009 y 30 de diciembre de 2010 (RJ 2008\7134, RJ 2009\1541, RJ 2009\5976, RJ 2010\112, y RJ 2011\416, respectivamente).

<sup>37</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 229 y ss.

## Otra propuesta de teoría del delito

este ámbito del Derecho penal no es preciso acreditar, “en cuanto que hecho psíquico”, ni el conocimiento de los elementos de la acción típica (en particular, del resultado), ni el conocimiento de su significación antijurídica, ni la voluntad de realización de la conducta. Cuando el autor es un operador que domina las técnicas del sector de actividad, es suficiente a tal efecto la comprobación de su “despreocupación” hacia el menoscabo del bien jurídico y la afirmación *normativa* (en la que juega un papel esencial la capacitación profesional del autor) de su conocimiento y voluntad en relación con el peligro de producción de ese menoscabo.<sup>38</sup> Aunque menor, sin duda, que la existente en relación con la tesis estrictamente intelectual, la concepción normativa del dolo ha hallado también acogida en algunas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo; entre ellas merece la pena destacar las sentencias de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/2031) y de 27 de julio de 2007 (RJ 2007/7107).<sup>39</sup>

Lo cierto es que las diferencias prácticas que resultan de adoptar una u otra de estas teorías no son generalmente de gran importancia, ya que, aun en el ámbito de las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que acogen una concepción mixta del dolo (intelectiva y volitiva), el conocimiento del hecho funciona en la mayor parte de los casos como principal indicio para la acreditación de la existencia de voluntad.<sup>40</sup> En este contexto, la consecuencia principal de la recepción de la teoría intelectual por parte del Tribunal Supremo ha sido la simplificación de la prueba procesal del dolo, no tanto por el rechazo de la necesidad de acreditar la voluntad (tesis que, como se acaba de indicar, coincide en la práctica con la afirmación de la voluntad a partir del conocimiento como único indicio) cuanto por la relajación en las exigencias probatorias del conocimiento.<sup>41</sup> Esta relajación, al exacerbarse, ha dado lugar a sentencias como las recién citadas, en las que actúa una suerte

<sup>38</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 353 y s. Esta normativización se traduce, por ejemplo, en la imputación de dolo a autores que obran sin aprehender la existencia de peligro cuando esa aprehensión incorrecta no es racional en atención a los datos objetivos de la realidad (vid. DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 312 y s.). RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 425 y ss., admite la posibilidad de imputación del conocimiento a partir de características personales del autor (no sólo de su capacitación profesional), si bien propone criterios contextuales para la moderación de esta imputación.

<sup>39</sup> En la primera de estas sentencias, el status ocupado en la empresa por los acusados es aducido por el Tribunal como fundamento de la imputación del dolo, al señalar que “el acusado, y su padre, mantenían en la empresa una determinada posición, ‘status’, con dominio de la actuación fabril realizada y con conocimiento de la normativa específica que le obligaba a determinados comportamientos en materia de medio ambiente, pues la actividad era peligrosa para el bien jurídico y, por lo tanto, eran conocedores, o debieron serlo, de las específicas prevenciones dispuestas por el ordenamiento en prevención de los riesgos que su actividad representaba. En definitiva, infringieron el deber establecido en la normativa que, dada la actividad fabril, conocían”. La equiparación del deber de conocimiento al efectivo conocimiento determina, en este caso, una imputación estrictamente normativa del dolo.

En la segunda, se invoca el “principio de ignorancia deliberada” para afirmar que “cuando se está en posición de conocer y en la obligación de conocer, y se evita ese conocimiento, lo que no es obstáculo para que se lucre a consecuencia de la colaboración que voluntariamente se ofrece, se adquiere una responsabilidad directa derivada de las consecuencias de su antijurídico actuar”. La responsabilidad a título de dolo se imputa, pues, por un deber de conocimiento acompañado de una “voluntaria” ausencia de este último. Sobre la punición a título de dolo de los supuestos de ignorancia deliberada, vid. también la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de marzo de 2010 (JUR 2010/165768).

<sup>40</sup> Se llega, de hecho, al punto de que la mera existencia de conocimiento opera como presunción *iuris tantum* de la existencia de voluntad. La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2010 (RJ 2010/3238) — a la que se hará referencia más extensa en la siguiente nota — admite tácitamente la existencia de esta presunción, al cargar probatoriamente al acusado con la obligación de aportar los “datos individualizados” que permitan “sólo en circunstancias extraordinarias [...] escindir probatoriamente ambos elementos” (el volitivo y el intelectual).

<sup>41</sup> La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2010 (RJ 2010/3238) ha dejado constancia expresa de esta situación al indicar que “la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta. Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción”. La sentencia refleja la realimentación entre doctrina y jurisprudencia que se ha producido en este ámbito: “la obliteración procesal del elemento de la voluntad ha acabado afectando, sin duda, a la construcción del dolo en su dimensión teórico-dogmática. El hecho de haber quedado ese elemento diluido o desdibujado debido a su posición subordinada y a su carencia de autonomía en el marco del proceso, ha determinado en gran medida su absorción por el conocimiento del peligro concreto de la acción”. Esta explicación en términos de prueba procesal de la recepción judicial de la teoría intelectual del dolo ha sido posteriormente recogida también por las sentencias de la Sala 2ª de 17 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7501) y 8 de octubre de 2010 (RJ 2010/7827).

de presunción de conocimiento fundada en un previo deber de conocer. Aunque este proceso se ha manifestado con mayor intensidad en ciertos delitos de estructura compleja y con autores que presentan un grado alto de especialización profesional (como los delitos ambientales o los delitos tributarios), se advierten ya propuestas que persiguen extender su aplicación a delitos más habituales y en los que el autor no cuenta habitualmente con competencias profesionales específicas.<sup>42</sup>

En nuestra opinión, como se colige de cuanto ya se ha indicado, estas concepciones del dolo no encuentran un fundamento dogmático suficiente en la ley penal en vigor. Los argumentos relativos al artículo 14 CP español no permiten obviar el contenido del artículo 20 CP, al que ya se ha aludido en varias ocasiones a este respecto, y que, como ya se ha puesto de manifiesto, permite afirmar que el CP español presupone una concepción del dolo en la que, por proyectarse el elemento volitivo tanto sobre la comprensión de los elementos de la propia conducta como sobre el carácter antijurídico de esta última, se incluye necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad.

Pero además de este argumento legal, existen razones dogmáticas adicionales que abonan la adopción de una concepción mixta del dolo. En particular, es indudable que la aplicación de teorías con este sesgo normativo puede conducir (y, de hecho, está ya conduciendo en algunos casos) a la desaparición de las fronteras entre dolo e imprudencia y a que, en presencia de autores altamente cualificados, se esté consolidando (y cada vez de modo menos subrepticio) una presunción de dolo en el enjuiciamiento de las conductas delictivas en las que aquellos intervienen.<sup>43</sup> Convertir las especiales competencias del autor en el fundamento (prácticamente único) del dolo no sólo supone un ataque a principios constitucionales como el de responsabilidad subjetiva o el derecho a la presunción de inocencia, sino que acaba, en

buena medida, con la especialidad de la pena dentro del ordenamiento jurídico como consecuencia restringida a la realización de infracciones *culpables*. La normativización del dolo ha dado lugar, de este modo, a un ámbito de expansión del Derecho penal que, pese a contar con un grado mayor de beneplácito de la doctrina, se apoya —como en otros espacios de expansión— en una reducción de garantías<sup>44</sup> (en este caso, de las conectadas con el aspecto subjetivo del delito) con el fin de permitir castigar más, más duramente y más fácilmente.

### *C) Toma de posición sobre la naturaleza de la responsabilidad penal por imprudencia*

En el marco de la teoría del delito esbozada en las anteriores páginas, la *imprudencia* aparece fundamentalmente como un supuesto de ausencia de dolo. Así, la doctrina penal la ha concebido por tradición como un subelemento del delito que comparte naturaleza con el dolo y que opera subsidiariamente respecto de él. Según esta consideración, la imprudencia (designada preferentemente en este contexto con el término “culpa”) se ha presentado como uno de los dos posibles contenidos de alguno de los elementos de la infracción penal, y en particular: (i) como una de las *formas de la culpabilidad*, tesis defendida por la teoría clásica del delito que, en el marco de una noción estrictamente psicológica de la culpabilidad, reconoce en la imprudencia —culpa— una forma de relación psicológica entre el autor y la acción típica y antijurídica; y (ii) como una *clase de tipo*, posición patrocinada por ciertos modelos partidarios de un concepto personal del injusto y definida por la integración de la imprudencia en el tipo subjetivo de igual manera que el dolo. Como puede comprobarse, en estos dos modelos la imprudencia o culpa comparte con el dolo no sólo una idéntica ubicación dogmática (respectivamente, la culpabilidad y la tipicidad), sino una misma naturaleza *psicológica*.

<sup>42</sup> Cfr., por ejemplo, el grupo de casos de “delitos cometidos en el ámbito del tráfico viario” examinado por DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, *op. cit.*, pp. 330 y ss. Es particularmente ilustrativo el análisis que hace la autora al calificar como homicidio doloso la conducta de quien “tras revisar su vehículo, sale a probarlo en compañía de un amigo. Elige un circuito para carreras de carts y lanza el vehículo a gran velocidad por la estrecha, angosta y sinuosa pista plagada de curvas muy acentuadas (pensada para una clase de vehículos distinta al utilizado). El coche vuelca falleciendo el acompañante”. Las razones aducidas por la autora para apreciar la presencia de dolo son (i) la existencia de una situación de peligro patente para la vida del acompañante, (ii) la cognoscibilidad de la situación de peligro por parte de cualquier persona y (iii) la efectiva realización de la conducta, que se valora como “decisión a actuar contraria al bien jurídico”.

<sup>43</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 6 y ss.

<sup>44</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 165 y ss.

## Otra propuesta de teoría del delito

Aunque ésta puede calificarse como la tesis *tradicional*, es cierto, no obstante, que en el seno de ambos paradigmas terminan imperando doctrinas que advierten en la imprudencia una naturaleza parcialmente diversa de la del dolo. Así ocurre, por un lado, con la teoría neoclásica del delito, que, aun conservando la caracterización de la culpa como una forma de la culpabilidad, identifica como núcleo de aquélla un elemento de carácter normativo —la infracción del deber de cuidado— integrado en una culpabilidad mixta de naturaleza normativo-psicológica. Y, del mismo modo, en el ámbito de la concepción personal del injusto se impone la idea de que la imprudencia entraña una alteración global de la estructura del tipo con efectos tanto en el tipo objetivo (con la incorporación de la infracción del deber de cuidado) como en el tipo subjetivo.<sup>45</sup> Esta última teoría aparece en las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que integran la “infracción de la norma social de cuidado” en el tipo objetivo del delito imprudente y especifican que el tipo subjetivo de éste incluye “la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso” y “la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente”.<sup>46</sup>

Todas estas concepciones se apoyan de modo sustancial en la configuración jurídica de la imprudencia como una institución subsidiaria del dolo, cuyo examen sólo tiene sentido cuando se ha verificado la ausencia de éste. Esta subsidiariedad entre dolo e imprudencia no resulta discutible en el marco del ordenamiento jurídico español. En este sentido, tanto los términos del artículo 5 CP español (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) como los del artículo 10 CP (“son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”) evidencian el carácter subsidiario de la exigencia de imprudencia para la existencia de responsabilidad criminal (“dolo

*o imprudencia*”, “dolosas *o imprudentes*”) o, cuando menos, la relación de dependencia entre ambas nociones.

Ahora bien, la subsidiariedad entre el dolo y la imprudencia no es un argumento suficiente para afirmar ni la identidad de naturaleza entre ambas categorías ni su pertenencia común a uno de los elementos del delito (ya sea la tipicidad o la culpabilidad). Antes al contrario, por los motivos que se expondrán a continuación, el dolo y la imprudencia no constituyen —pese a la tradición doctrinal y a las apariencias legales— especies distintas de un mismo género (es decir, no son posibles manifestaciones alternativas de un mismo fenómeno) ni juegan un papel equivalente en la estructura de la infracción penal.

A diferencia del dolo —que, como se acaba de indicar, se define por su naturaleza psicológica y por su carácter esencial como contenido de la culpabilidad—, la imprudencia, ni por su contenido ni por el modo en el que se presenta en el CP español, puede considerarse un elemento psicológico, ni como forma de la culpabilidad (como fundamento de una suerte de culpabilidad “imprudente” alternativa a la “dolosa”) ni como elemento subjetivo del tipo.<sup>47</sup> Esta tesis se fundamenta en las siguientes razones.

En primer lugar, existe un vínculo entre la imprudencia y una tipicidad objetivamente considerada (como la que se ha descrito al comienzo de este mismo apartado) que deriva de la propia naturaleza de la falta de cuidado, que constituye, tanto desde una perspectiva etimológica como jurídica, el componente sustancial de la imprudencia. Frente a lo que ocurre con el dolo, la falta de cuidado es un juicio que se predica de la conducta objetivamente considerada y no de la conexión entre ésta y la voluntad del sujeto que la realiza. Así resulta de la existencia de comportamientos descuidados en los que no es apreciable una relación psicológica entre el autor y el hecho que éste ejecuta.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Por todos, HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002, pp. 127 y ss.

<sup>46</sup> *Vid.* las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2001 y 19 de julio de 2002 (respectivamente, RJ 2001/9074 y RJ 2002/7676).

<sup>47</sup> El rechazo de la posibilidad de fundar el modelo de imputación propio del delito imprudente sobre bases psicológicas lleva a PÉREZ DEL VALLE, C., *La imprudencia en el Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 158 y ss., a argumentar que la imputación personal se produce, tanto en el dolo como en la imprudencia, a partir de la idea de “evitabilidad individual de la conducta peligrosa”, reconduciendo al delito doloso los supuestos de evitabilidad más grave y al imprudente los de evitabilidad menos grave. Esta mayor o menor gravedad no responde directamente al conocimiento o desconocimiento, ni a ningún otro dato psicológico, sino que se adscribe (se imputa) al sujeto en función de la significación de su comportamiento verificado “de acuerdo con la totalidad de los roles que lo conforman como persona en el Derecho”, toda vez que del conjunto de éstos se derivan las expectativas de comportamiento del sujeto.

<sup>48</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de los supuestos en los que el autor ni siquiera es consciente de la falta de cuidado presente en su conducta (e. g., el automovilista que se salta inadvertidamente un semáforo en rojo). *Vid.* ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, op. cit., pp. 1021 y ss.

En consecuencia, la falta de cuidado (y, por extensión, la imprudencia) no constituye un fenómeno psicológico, sino un elemento normativo (un juicio de valor negativo) que recae sobre la conducta. Como tal, sólo puede formar parte del juicio objetivo de reproche que caracteriza al injusto penal y no de un juicio subjetivo de reproche, ya se asocie a la culpabilidad, ya se asocie al denominado “tipo subjetivo”.

Pero, además, los términos que emplea el legislador a la hora de incriminar los comportamientos imprudentes indican también este vínculo entre la imprudencia y un injusto penal objetivamente descrito. En este sentido, es revelador comprobar cómo, en la sanción de estas conductas, el CP español alude en todas las ocasiones a la realización de los hechos “por imprudencia”. Es ésta una expresión a la que la preposición *por* dota de un sentido causal que, de nuevo, evidencia que la imprudencia está, ante todo, vinculada a una tipicidad concebida en términos objetivos (basada en la causación de resultados penalmente desvalorados) y es ajena a la relación psicológica entre el autor y su conducta.<sup>49</sup>

Estas dos razones (por una parte, la conexión de sentido entre la falta de cuidado y una tipicidad objetivamente considerada, y, por otra, la referencia legal a la imprudencia como un elemento ligado ante todo a la causación del resultado) justifican, a nuestro juicio, el rechazo a que la imprudencia se considere un contenido de la voluntad subsidiario del dolo, cualquiera que sea la ubicación dogmática que se proponga para ambos (culpabilidad o tipicidad).

La divergencia estructural entre el dolo y la imprudencia es especialmente clara cuando, como aquí, se defiende una concepción psicológica del primero de estos elementos. En todo caso, a nuestro juicio puede mantenerse también la diferencia en relación con un concepto normativo del dolo, pues mientras en la imprudencia se aprecia una normatividad “esencial” (la imprudencia es, ante todo, un quebranto del cuidado debido), la normatividad del

dolo es de carácter accesorio (la normatividad está en el modo de imputación y no en la naturaleza del elemento que se imputa).

Por el contrario, la imprudencia se revela como una clase de infracción penal o, si se prefiere, como una forma especial de imputación de responsabilidad penal, definida, frente a las infracciones penales dolosas, por las siguientes características:

a) la exigencia de un *elemento típico adicional* de naturaleza *objetiva*: una falta de cuidado en la realización de la acción a la que cabe imputar objetivamente la producción del resultado.

b) la *falta de dolo* y, por tanto, la presencia de una culpabilidad con un contenido sustancialmente distinto. El autor de una infracción imprudente no conoce y/o no quiere el injusto penal que efectivamente realiza, ya que no conoce y/o no quiere el resultado típico imputable objetivamente a su conducta.

De este modo, la particularidad de la imprudencia no está ligada a la configuración especial de un único elemento del delito, sino que se manifiesta en un nivel de generalidad tal que permite calificar la imprudencia como una *forma de imputación criminal heterodoxa y alternativa al modelo estándar de imputación*, propio de las infracciones dolosas.<sup>50</sup> En otras palabras, es un modo adicional y suplementario de atribución de responsabilidad penal, en el que los elementos que integran el modelo ortodoxo resultan alterados, bien por exceso (el injusto penal, “enriquecido” por la exigencia adicional de que el resultado típico se haya producido a causa de un comportamiento descuidado), o bien por defecto (la culpabilidad, “deficitaria” en la medida en que está ausente el dolo, que es el objeto fundamental del juicio de reproche subjetivo distintivo de este elemento). De esta excepcionalidad de la responsabilidad criminal por imprudencia es muestra el sistema de *numerus clausus* que incorpora el artículo 12 CP español al establecer que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigan cuando *expresamente* lo disponga la Ley”.

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, el artículo 142.1 CP español califica como reo de homicidio imprudente al que “por imprudencia grave causare la muerte de otro”, el artículo 152.1 CP español castiga al que “por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores” y el artículo 301.3 CP español castiga al que realiza los hechos descritos en el 301.1 CP (blanqueo de bienes) “por imprudencia grave”. Ciertamente, cabría aducir que el recurso alternativo a la expresión “con imprudencia” resultaría también lingüísticamente aceptable, pero, precisamente por ello, no debe minimizarse la relevancia de la decisión legislativa de emplear únicamente “por imprudencia”. Del mismo modo, tampoco debe obviarse que ambas preposiciones no resultan intercambiables en el caso del dolo, puesto que aludir a la realización de un hecho “por dolo” constituye un uso anómalo del lenguaje.

<sup>50</sup> Sin necesidad de remontarse a los primeros finalistas, la consideración del delito imprudente como una forma especial de responsabilidad penal se sigue manteniendo hoy en día por la doctrina española (Cfr: CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 161 y ss.).

## Otra propuesta de teoría del delito

Hay, pues, sin duda, subsidiariedad entre dolo e imprudencia, como apuntan los arts. 5 y 10 CP español, pero es una subsidiariedad entre modelos cualitativamente distintos de imputación penal —como da a entender el citado artículo 12 CP— y no entre formas de la culpabilidad o contenidos del tipo.

Como *forma especial de imputación criminal*, el delito imprudente presenta, como se ha indicado, un injusto y una culpabilidad diferentes de los que conforman el modelo estándar de delito.

La especialidad del *injusto* no se plantea en relación con los elementos de la acción y la falta de justificación (que no presentan particularidades relevantes), sino en el ámbito de la tipicidad, en el que se exteriorizan algunos de los rasgos que convierten al delito imprudente en una modalidad excepcional de imputación de responsabilidad criminal.

Así, en primer lugar, todas las infracciones penales imprudentes son tipos que exigen la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la acción (tipos de resultado).<sup>51</sup> Pero, como ocurre con cualquier tipo de resultado, también en el caso de los delitos imprudentes la relevancia penal exige algo más que la mera realización del resultado; se precisa que este último:

(i) haya sido causado por un sujeto que ha desarrollado una conducta generadora del riesgo de producción de tal resultado o que se ha abstenido de desarrollar una conducta que podría haber conjurado dicho riesgo;

(ii) sea imputable objetivamente a la conducta del sujeto.

Hasta aquí, no obstante, no se aprecian divergencias entre el tipo de los delitos imprudentes y el de las correspondientes infracciones dolosas. La diferencia radica en que, para la tipicidad de las infracciones penales imprudentes, es además necesario (i) que el sujeto haya ejecutado la acción típica sin observar el cuidado debido, y (ii) que el resultado acaecido sea imputable precisamente a esa falta de cuidado. Es este descuido en la realización de la acción típica (que, en términos de imputación objetiva, se traduce en el resultado) el elemento adicional que separa la tipicidad de las infracciones imprudentes y la de las infracciones dolosas.

A este respecto, naturalmente, en la medida en que sólo alcanzan relevancia penal las acciones descuidadas que producen resultados típicos, el ámbito propio de la responsabilidad penal por imprudencia viene constituido por la inobservancia del cuidado exigible al realizar acciones *peligrosas para ciertos bienes jurídicos*. El conjunto de acciones peligrosas susceptibles de ocasionar un resultado penalmente relevante es potencialmente infinito. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la conducción de vehículos a motor, la utilización de armas, la posesión de animales, la gestión y control de procesos industriales, el empleo de objetos de uso diario idóneos para causar daños (tales como un cuchillo de cocina o un cigarrillo encendido), etc.

Se trata, como puede verse, de acciones que, siendo peligrosas, resultan a la vez socialmente útiles o, cuando menos, socialmente tolerables en tanto que posibles manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.<sup>52</sup> En esa medida, el ordenamiento

<sup>51</sup> Este resultado puede consistir en muerte (art. 142 CP), aborto (art. 146 CP), lesiones (art. 152 CP), lesiones al feto (art. 158 CP), alteración del genotipo humano (art. 159.2 CP), sustitución de un niño por otro (art. 220.5 CP), insolvencia (art. 259.3 CP), daños (art. 267 CP), blanqueo de bienes (art. 301.3 CP), falta de suministro de medios para el desarrollo de la actividad laboral con las medidas de seguridad e higiene adecuadas (art. 317 CP), daños al patrimonio histórico (art. 324 CP), peligro o daños para los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331 CP), destrucción de especies protegidas de flora o de su hábitat (art. 332.3 CP), caza, pesca, adquisición, posesión, destrucción o tráfico de especies protegidas de fauna u obstaculización de su reproducción o migración (art. 334.3 CP), liberación de energía nuclear y emisión de radiaciones ionizantes (art. 344 CP), adquisición, producción o utilización —entre otras conductas— de materiales nucleares o sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar muerte, lesiones graves o daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo, las aguas o a animales y plantas (art. 345.3 CP), estragos (art. 347 CP), incendio (art. 358 CP), elaboración, suministro o comercio de sustancias, medicamentos o alimentos peligrosos (art. 367 CP), falsedades documentales (art. 391 CP), sentencia o resolución judicial manifiestamente injusta (art. 447 CP), perjuicio manifiesto de los intereses encomendados (art. 467.2 CP), acuerdo, práctica o prolongación ilegal de la privación de libertad o de la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado (art. 532 CP), divulgación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional (art. 601 CP), y falta de adopción de medidas para evitar la comisión de delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 615 bis. 2 CP).

<sup>52</sup> Al menos, así ocurre en la inmensa mayoría de los delitos imprudentes. Como señala GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 47, Fasc/Mes 3, 1994, p. 27, “el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al [...] grupo [...] caracterizado por que mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro ab initio lícito —riesgo permitido— que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico”.

jurídico no prohíbe su realización, limitándose a exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar que el peligro que entrañan se actualice en una efectiva lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos. Estas medidas delimitan el modo en el que debe ejecutarse la acción para que, teniendo en cuenta la peligrosidad inherente a la misma, no se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico. Así, según las características de la concreta acción, las medidas que caracterizan el comportamiento diligente pueden consistir (i) en omitir la realización de la acción, (ii) en prepararse e informarse previamente a la realización de la acción peligrosa, o (iii) en ejecutar la acción con prudencia, adecuadamente, reduciendo el peligro hasta lo permitido.

La ausencia del cuidado debido se produce, precisamente, cuando el comportamiento del sujeto no se ajusta a las medidas prescritas para la realización de la acción peligrosa. Y en tanto que la diligencia en la realización de una conducta se identifica con la observancia de medidas que concretan la manera en la que aquella *debe* ejecutarse, es posible afirmar que el sujeto que desarrolla el comportamiento está obligado a poner tales medidas en práctica, obligación que suele denominarse “*deber de cuidado*”. Desde esta perspectiva, el elemento típico propio de la infracción penal imprudente aparece normativamente descrito como “infracción del deber de cuidado”.

Es frecuente que los autores disputen acerca de si la determinación de las medidas que conforman el deber de cuidado ha de producirse únicamente en términos objetivos (esto es, atendiendo en exclusiva a la peligrosidad de la acción) o si, por el contrario, ha de tener también en cuenta parámetros subjetivos, de forma que el deber objetivo de cuidado resulte “modulado” en atención a las características del sujeto que actúa. Quienes defienden la consideración adicional de estos últimos elementos sostienen, por ejemplo, que no es exigible el mismo comportamiento al cirujano experto de condiciones excepcionales que al cirujano que practica su primera intervención. En nuestra opinión, esta discusión sobre la naturaleza del deber de cuidado no es sino un aspecto del debate relativo a la determinación de los factores que permiten calificar un comportamiento como “diligente”.

Como es conocido, son raras las situaciones en las que existe una ordenación minuciosa de las medidas en las que se plasma la realización cuidadosa de la conducta (la regulación administrativa de la circulación de vehículos a motor y la protocolización de actos médicos son algunos ejemplos en los que esta ordenación sí existe). En la mayoría de los casos, en cambio, la decisión acerca de si una acción peligrosa se ha ejecutado diligentemente exige tomar en consideración criterios consuetudinarios y normas sociales que no han sido objeto de formalización. Así las cosas, la existencia de supuestos en los que, para decidir si una acción puede calificarse de diligente, hayan de tenerse en cuenta las facultades personales del autor (su “poder individual”) dependerá de lo que al respecto prescriban las reglas de diligencia —cualquiera que sea su grado de codificación— relativas a la acción desarrollada.<sup>53</sup>

Ahora bien, como ya se ha indicado, la realización descuidada de la acción ha de causar, además, el resultado típico, que debe ser objetivamente imputable a aquélla. Aun cuando la relación de imputación objetiva no presenta rasgos particulares en el caso de las infracciones imprudentes, sí conviene precisar que es precisamente en el marco de esta relación en el que han de abordarse cuestiones que parte de la doctrina y de la jurisprudencia han presentado tradicionalmente como “elementos” de la imprudencia adicionales a la ausencia del cuidado debido (o infracción del deber de cuidado). Se trata, en concreto, de la exigencia de que el resultado sea *previsible* y *evitable* para el sujeto, esto es, la exigencia de que, en el momento de realizar la acción descuidada, exista la posibilidad de que el sujeto (i) se represente la eventual concurrencia futura del resultado típico y (ii) evite la producción de este último desarrollando la diligencia debida. Aunque en ocasiones la previsibilidad y la evitabilidad se han presentado como elementos “psicológicos” de la imprudencia,<sup>54</sup> lo cierto es que su carácter es puramente objetivo, ya que no se trata de una particular disposición de la voluntad del sujeto, sino de una característica de la situación. En este sentido, los supuestos de imprevisibilidad y/o inevitabilidad del resultado se dan en circunstancias en las que (i) no es apreciable una co-

<sup>53</sup> Sobre esta discusión, *vid.* COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, pp. 574 y ss.

<sup>54</sup> *Vid.*, de entre las más recientes, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015/782).

## Otra propuesta de teoría del delito

relación suficiente entre el resultado y la intensidad del riesgo generado por la acción, (ii) o ni siquiera existe propiamente relación de causalidad.<sup>55</sup>

Cabe señalar, por último, que, de modo excepcional, la relevancia penal de ciertas conductas imprudentes está supeditada a la presencia de otros elementos típicos adicionales a la inobservancia del cuidado debido, además de los exigidos para la tipicidad de la comisión dolosa de la misma conducta.<sup>56</sup> La existencia de estas exigencias adicionales abona precisamente la tesis de la excepcionalidad de la imprudencia como forma especial de imputación fundada en un injusto penal distinto del propio de las infracciones dolosas.

En segundo lugar, en cuanto se refiere a la *culpabilidad*, como ya se indicó con anterioridad, la infracción penal imprudente se caracteriza por un déficit en el ámbito de la culpabilidad derivado de la falta de dolo, ya que el autor de la infracción imprudente no conoce y/o no quiere el resultado típico imputable a su conducta. Como es obvio, esto determina una alteración radical de la configuración estándar de la culpabilidad, dada la ausencia del fundamento sobre el que gravita el juicio de reproche característico de este elemento.

El examen completo de la cuestión exige, no obstante, analizar en qué medida la infracción penal imprudente requiere la concurrencia de los otros dos componentes que integran la culpabilidad “ortodoxa” propia de las infracciones dolosas: la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta.

A nuestro juicio, la respuesta a este interrogante es afirmativa.

En relación con la imputabilidad, es preciso determinar cómo opera en el terreno de las infracciones

penales imprudentes el concepto establecido en el artículo 20 CP español, que, como ya se ha visto, comprende tanto la capacidad para comprender la ilicitud del hecho como la capacidad para dirigir la propia actuación conforme a esa comprensión. En este sentido, la clave está en observar que, cuando el precepto legal alude a la capacidad de comprensión de la “ilicitud” del hecho, esta capacidad intelectual ha de entenderse referida al injusto específico de la infracción imprudente, es decir, a la realización de la acción peligrosa sin observar el cuidado debido. Ello supone que, para afirmar la imputabilidad en relación con una infracción imprudente, es necesario que el sujeto goce —en un primer momento— de la capacidad de advertir la naturaleza peligrosa y descuidada de su acción y, en segundo lugar, de la capacidad de dirigir su actuación conforme a tal comprensión (esto es, de la capacidad de observar el cuidado debido).

Se habla de imprudencia *consciente* o con previsión cuando el sujeto no sólo goza de esta capacidad de advertir el peligro, sino que, además, lo advierte efectivamente. Por el contrario, cuando la capacidad de previsión no se actualiza en la efectiva previsión del peligro, la imprudencia es *inconsciente* o sin previsión. Pese a la raigambre de esta clasificación de la imprudencia, su utilidad está circunscrita a la delimitación de los casos de imprudencia fronterizos con el dolo eventual.

Del mismo modo que la existencia de imprudencia no exige el conocimiento del peligro, tampoco es necesario que el sujeto conozca el carácter descuidado de su conducta para que ésta pueda constituir una infracción imprudente. Como ya se ha indicado, hay casos de imprudencia en los que el autor no es

<sup>55</sup> Es posible pensar, por ejemplo, en el caso de un sujeto que, cuando va conduciendo su automóvil por una vía urbana a una velocidad ligeramente superior a la permitida reglamentariamente (y, por tanto, de forma negligente), se topa con que un peatón que, caminando por la acera, se lanza de forma inopinada a la calzada delante del vehículo para acabar con su vida, alcanzando efectivamente su propósito. Puede defenderse que el resultado de muerte es, en estas condiciones, imprevisible para el conductor, pero la irrelevancia penal de su comportamiento derivaría, en su caso, de la falta de correlación entre el riesgo generado por la acción negligente del conductor y el resultado de muerte.

En relación con la evitabilidad, puede considerarse el caso del médico de guardia que, al atender a un paciente que presenta un concreto cuadro de síntomas, actúa sin sujetarse al protocolo señalado para tales casos (por ejemplo, le envía a casa sin realizar los análisis establecidos). Si el paciente fallece tras este comportamiento del médico, pero su muerte se habría producido igualmente aunque el médico hubiera efectuado los análisis pertinentes (porque en aquel momento, la situación del paciente era ya irreversible), la razón por la que el fallecimiento no es penalmente reprochable al médico no es propiamente su inevitabilidad, sino la falta de relación causal (hipotética, en este caso) entre tal resultado y la conducta negligente del médico.

<sup>56</sup> Así ocurre, por ejemplo, con la sustitución de un niño por otro o con la producción de daños. En el primer caso, el tipo de la infracción imprudente (art. 220.5 CP español) exige, de modo añadido, que la sustitución tenga lugar “en centros sanitarios o socio-sanitarios” y que los autores sean “los responsables” de la “identificación y custodia” de los niños; en el segundo de los casos, el tipo de la infracción imprudente (art. 267 CP español) requiere que la cuantía de los daños causados supere una determinada cuantía (80 000 euros), mientras que el tipo de la infracción dolosa no exige un requisito paralelo (aunque si los daños no exceden de 400 euros, se prevé la imposición de una pena inferior).

consciente de la falta de cuidado presente en su comportamiento. Naturalmente, si para la calificación de una acción como imprudente no es imprescindible la concurrencia de un elemento cognoscitivo relativo a la inobservancia del cuidado, con menor razón cabe exigir —como hacen con cierta frecuencia las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo— un elemento volitivo consistente en “querer la conducta descuidada” o en “infringir voluntariamente el deber de cuidado”.

Por otro lado, en cuanto atañe a la exigibilidad de otra conducta, su operatividad en el terreno de las infracciones imprudentes tiene lugar en los mismos términos que en el ámbito de las infracciones dolosas,

por lo que no resultan necesarias precisiones adicionales a las ya realizadas.

A la vista de lo anterior, y como reflexión final, merece la pena subrayar una vez más que, si bien la punición de los ilícitos imprudentes está —como se acaba de ver— condicionada a la existencia de culpabilidad, se trata de una culpabilidad distinta de la que integra el modelo general de responsabilidad penal. Ello permite sostener, a nuestro juicio, que, sin constituir un caso de responsabilidad objetiva, la naturaleza subjetiva característica de la responsabilidad penal es menos tangible en el caso de la responsabilidad penal por imprudencia, lo que, de nuevo, refrenda la necesidad de tratar esta última como un supuesto especial de imputación.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal