

Aspectos controvertidos de la estructura dogmática de la infracción penal

Autores: *Javier Gómez Lanz*

Profesor Propio Adjunto de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas

Antonio Obregón García

Profesor Propio Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

Desde los años 70 del pasado siglo, el desarrollo en ICADE de la actividad de docencia e investigación en el ámbito de la teoría del delito ha tenido como paradigmas el ontologismo finalista y el causalismo valorativo de raíz neokantiana. Con los lógicos matices, cabe afirmar que la labor de todos los profesores de Derecho Penal de ICADE de los últimos 40 años ha tenido lugar en el ámbito de estas dos corrientes.

Este artículo presenta los principales aspectos de una propuesta que pretende acomodar los elementos esenciales de esta tradición al estado actual de la discusión científica sobre la estructura de la infracción penal. Se aborda, en particular, la discusión sobre el concepto y la articulación dogmática del dolo y la imprudencia, cuestión medular en el seno del debate público sobre esta materia.

Palabras clave: concepto material de delito, dolo, imprudencia.

I. Introducción

Desde los años 70 del pasado siglo, el desarrollo en ICADE de la actividad de docencia e investigación en el ámbito de la teoría del delito ha tenido como paradigmas, por un lado, el ontologismo finalista y, por otro, el causalismo valorativo de raíz neokantiana, tendencias doctrinales que fueron introducidas, actualizadas y desarrolladas en nuestra Universidad, fundamentalmente, por los profesores ordinarios LANDECHO VELASCO, la primera de ellas, y BUENO ARÚS y GALLEGO DÍAZ, la segunda. Con los lógicos matices, cabe afirmar que la labor de todos los profesores propios de Derecho Penal de ICADE de los últimos cuarenta años ha tenido lugar en el ámbito de estas dos corrientes.

En efecto, discípula de los dos primeros, pero principalmente renovadora de la labor científica de LANDECHO VELASCO, ha sido y sigue siendo la también profesora ordinaria MOLINA BLÁZQUEZ, actual Decana de la Facultad (como en su día lo fue el propio LANDECHO). Y discípulo de GALLEGO DÍAZ (curiosamente, también Decano de la Facultad de Derecho en los años noventa) puede considerarse al profesor RÍOS MARTÍN, quien ha enriquecido la tarea dogmática con su visión práctica de la disciplina. Los autores de este artículo, en fin, somos discípulos -en primer y en segundo grado- del profesor BUENO ARÚS, cuya condición de maestro hemos podido exaltar en varias ocasiones (incluso desde las páginas de esta misma revista) con motivo de su reciente jubilación¹, y, en cierta medida, también continuadores de la labor académica del profesor GALLEGO DÍAZ, de quien recibimos clases de Parte General y del que nos sentimos igualmente deudores en términos científicos.

La primera finalidad de este trabajo es, pues, ofrecer testimonio de la tradición de la que formamos parte. Pretendemos unirnos así a la conmemoración del cincuentenario de la institución en la que estudiamos y a la que pertenecemos mediante una suerte de reconocimiento y, más aún, homenaje a nuestros maestros y también a todos los demás compañeros del Área de Derecho Penal (cuya cita completa resulta imposible, pero entre quienes debemos reseñar no sólo por amistad sino también por razón de su prolongada presencia entre nosotros a las profesoras ARMENDÁRIZ, LOHMÜLLER y MADRIGAL y al profesor BELTRÁN). Sus enseñanzas y su ejemplo han cincelado nuestra forma de concebir y transmitir el Derecho Penal. Maestros y compañeros, en suma, en una disciplina básica del Derecho, en el seno de un Área que ha constituido, sin duda, y por distintas razones, una referencia incuestionable para los estudiantes de nuestra institución durante todos estos años y, que, asimismo, ha desempeñado un papel notable en el desarrollo investigador de la Facultad. No creemos equivocarnos, ni excedernos, si afirmamos que el Área de Derecho Penal ha integrado la historia de nuestra Facultad de modo destacado.

¹ OBREGÓN GARCÍA, A., "Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal", en ICADE. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, pp. 61 y ss.

El segundo objetivo de este trabajo es prestar un humilde servicio académico a quienes han ido formándose en las aulas de la Facultad de Derecho de ICADE, facilitando la puesta al día de algunos de sus estudios de Parte General del Derecho Penal y en concreto del complicado entramado de su teoría del delito. Pocos de estos estudiantes habrán orientado su vida profesional -y confiemos en que tampoco la personal- hacia el Derecho Penal, pero seguramente muchos de ellos -fruto del quehacer de sus profesores, de su propio esfuerzo y también de la racionalidad de la dogmática penal- recuerdan con una sorprendente claridad los elementos del delito, a pesar de la complejidad de la teoría que los sistematiza. Sin embargo, en estos cincuenta años la dogmática penal -como otras disciplinas jurídicas, pero puede que la penal con singular intensidad- ha ido perfilando sus categorías y caracteres sin desfallecimiento del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia, hasta alcanzar -hay que constatarlo- cotas de gran dificultad, por lo que puede resultar útil revisar los aspectos fundamentales sobre los que se asienta la descripción científica de la infracción penal.

Por tanto, este artículo presenta los principales rasgos de una propuesta que pretende acomodar los elementos esenciales de esta tradición al estado actual de la discusión científica sobre la estructura dogmática de la infracción penal. Dentro de los distintos apartados en que habitualmente se presenta nuestra disciplina, la teoría del delito suele considerarse el núcleo que define sustancialmente su configuración; aunque desde luego, a nuestro juicio, debe concederse a la teoría de la pena una importancia que no hay que desdeñar², es preciso admitir que, si se desea ofrecer en pocas páginas, con una mínima profundidad, una visión significativa de la situación actual del Derecho Penal, así como la posición propia que se adopta sobre los aspectos más controvertidos, tenemos que centrarnos en la teoría del delito y en la determinación de sus elementos básicos. Y, como comenzábamos haciendo alusión a la polémica causalista-finalista como signo del debate científico que ha venido dominando la ciencia del Derecho Penal en las últimas décadas, 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.

La labor que realizamos a continuación no constituye, pues, 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 nuestros proyectos anteriores y también (esperemos) de los posteriores³.

² Cf. 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.

³ La exposición completa de nuestra propuesta personal sobre la Teoría del Delito se puede hallar en nuestro manual, de próxima aparición.

Una propuesta que es coherente con nuestra forma de entender el trabajo universitario: un trabajo que comprende indeclinablemente la investigación, por lo que debemos no sólo descubrir lo que otros conocen sino tratar a su vez de contribuir a avanzar el conocimiento, y hacerlo con el rigor dogmático propio de la actividad científica (jurídica); un trabajo que tiene entre sus metas radicales transmitir el conocimiento a los estudiantes, lo que nos compele a la claridad expositiva y, hasta donde sea posible, a la amenidad; y un trabajo que en ocasiones conduce a la gestión de la actividad universitaria, lo que mueve a plantearse también la tarea dogmática con propósito de utilidad, sin perderse en hipótesis sin base real o en teorizaciones fútiles. En definitiva, una forma integral de vivir la Universidad que se nos enseñó en ICADE, de la que somos testigos, y a la que ahora, modestamente, intentamos rendir tributo.

II. El concepto material de 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’⁴.

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.

En este apartado se presenta sintéticamente nuestra visión sobre este concepto material del delito, que comprende, por una parte, una teoría general -en sentido estricto- del delito, que resulta de aplicación a los casos normales de responsabilidad

⁴ Cfr. BUENO ARÚS, F., *La Ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Civitas, Madrid, 2005, p. 69 (obra que recoge la Lección inaugural impartida por el prof. BUENO ARÚS al comienzo del Curso Académico 2003-2004).

penal, y por otra, una introducción a las formas especiales de imputación de responsabilidad penal que contempla el Código Penal (CP) español.

II.1. Teoría 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 CP⁵ 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 y faltas 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 de 1995 son hechos externos voluntarios, o, si se prefiere, comportamientos externos y voluntarios. 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 voluntaria⁶. Como

⁵ Art. 10 CP: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

⁶ 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*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 217 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).

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 II se esboza nuestra posición, es en el apartado III 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 a 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 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, de entre las que 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 culpabilidad⁷.

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 pro-

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 256 y ss.

tección 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 fundamentación 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 art. 20 CP.

Las causas eximentes recogidas en el apartado 7º del art. 20 CP (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). 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 suprallegal) 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 tipicidad⁸. Esta eficacia de la libre disposición tiene lugar, a nuestro juicio, aun cuando el tipo 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 específica dentro del género de la antijuridicidad. Pero el juicio de tipicidad presupone la

⁸ Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, trad. de la 2ª ed. alemana por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 519 y ss.

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*, se utiliza la expresión *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 encuentre 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, privados o singulares del delito como objeto del Derecho penal.

d₁) En atención a lo establecido por el art. 20 CP, 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 (crítica por tesis deterministas que cuestionan la idea del libre albedrío), su respaldo legal parece indiscutible, pues constituye la base sobre la que el art. 20 CP construye las causas de inimputabilidad (la apreciación de una causa de inimputabilidad se sostiene, según los apartados 1º y 2º del art. 20 CP, sobre la incapacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”)⁹.

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 155.

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 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 finalismo¹⁰.

No obstante, la inclusión en el dolo del conocimiento de la significación antijurídica no deriva de una preferencia 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 art. 14 CP 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.

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 des-

¹⁰ 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.

valoración 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 realizado¹¹.

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 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 categorías¹², no demandan la individualización de un elemento del delito agregado a la antijuridicidad penal y a la culpabilidad.

¹¹ 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).

¹² 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 art. 268 CP), de desistimiento o arrepentimiento activo (la revelación de la rebelión o sedición contemplada en los arts. 480.1 y 549 CP) y causas de extinción de la responsabilidad criminal adicionales a las establecidas en el art. 130 CP (las previstas en los arts. 305.4 y 5, 307.3, 308.4, 354.2, 427 y 462 CP).

II.2. 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 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 no 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). 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 novedosa *responsabilidad criminal de las personas jurídicas* (incorporada al ordenamiento mediante la L.O. 5/2010, de 22 de junio), 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 jurí-

dica. Así, el apartado 1 del art. 31 *bis* CP establece *dos situaciones* en las que una persona jurídica puede incurrir en responsabilidad penal: (a) cuando un representante legal de la persona jurídica o un administrador de hecho o de derecho de la misma comete un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en provecho 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 provecho de la persona jurídica, siempre que el hecho se haya podido realizar porque, atendidas las concretas circunstancias del caso, no se haya ejercido el debido control sobre el autor del delito. Se trata, de este modo, de un régimen extraordinario de imputación fundado en la responsabilidad por el hecho ajeno que resulta difícilmente conciliable no sólo con el modelo general de exigencia de responsabilidad penal, sino con las garantías penales establecidas en el Título Preliminar del CP y con algunos de los principios constitucionales relativos al Derecho sancionador (en particular, los de culpabilidad y personalidad de las penas)¹³.

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 finalismo¹⁴, 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 cole-

¹³ Aun cuando la entrada en vigor de la L.O. 5/2010 es todavía reciente, se vislumbra ya un claro predominio doctrinal de la tesis que advierte en el art. 31 *bis* CP una responsabilidad penal de las personas jurídicas *por hecho propio*, que se pretende fundamentar en la identificación de requisitos para la imputación objetiva y subjetiva de las personas jurídicas que, o bien no aparecen mencionados en el texto legal, o bien aparecen referidos sólo a algunas de las situaciones en las que surge tal responsabilidad penal. *Cfr.*, en este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance*”, en *La Ley*, nº 7442, 9 de julio de 2010, pp. 1 y ss., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico?”, en *La Ley*, nº 7561, 3 de febrero de 2011, pp. 1 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley*, nº 7464, 9 de septiembre de 2010, pp. 1 y ss, en cambio, considera que el modelo acogido es, en principio, un modelo de atribución o transferencia de responsabilidad (responsabilidad por hecho ajeno), que se “entrecruza” con “elementos no irrelevantes” del modelo de responsabilidad por el hecho propio.

¹⁴ 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.

gir 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.

III.1. Toma de posición sobre la naturaleza (objetiva o subjetiva) del injusto

Como se ha adelantado en el anterior apartado II, 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.

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. Un ejemplo ilustrativo de esta situación lo proporciona el art. 130 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que señala 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”¹⁵.

¹⁵ A pesar de que los términos legales expresan claramente que basta la “simple inobservancia” (esto es, el mero incumplimiento) para afirmar la presencia no sólo de ilicitud, sino de la propia responsabilidad administrativa, es cierto, no obstante, que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo han moderado este régimen de aparente responsabilidad objetiva acompañando el Derecho administrativo sancionador a los principios propios del Derecho penal. Este proceder ha llevado a concluir que la “simple inobservancia” del art. 130 ha de identificarse con la “falta de diligencia en la observancia de la norma”, lo que entraña un grado, por mínimo que sea, de culpa. Sin embargo, es preciso destacar que esta doctrina se ha vinculado persistentemente al “principio de culpabilidad” y no a la necesidad de “subjetivizar” la ilicitud; es decir, se trata de una extensión al Derecho administrativo sancionador de la exigencia de culpabilidad como requisito *adicional a la ilicitud*, mecanismo que, como se dirá a continuación, había caracterizado hasta entonces al Derecho penal. Éste es el sentido en el que se pronuncian sentencias como la del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1991 (RTC 1991/246) y las de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2001 y 22 de noviembre de 2004 (RJ 2001/4487 y 2005/20). La misma situación es apreciable en el ámbito del Derecho Tributario [vid. las sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990 (RTC 1990/76) y 20 de junio de 2005 (RTC 2005/164)].

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 (*cfr.* nota 15), 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 más congruente, sin embargo, 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 nombre¹⁶.

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. Esta sería la conclusión más plausible teniendo

¹⁶ 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 permanencia hasta época reciente en los textos punitivos 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 De las Casas, J. A., Comares, Granada, 2008, p. 15]).

en cuenta que a la afirmación de la realización consciente y voluntaria de la 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 elementos¹⁷.

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 exigencias recogidas en los apartados 1º a 3º del art. 20 CP 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.

¹⁷ 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*, trad. de García Morente, M., Tecnos, Madrid, 2005, p. 82).

III.2. 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 injusto¹⁸.

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 especialista¹⁹. Por otro lado, 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 prohibido²⁰.

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 intelectual o cognitiva*). MIR PUIG, uno de sus principales representantes, señala por ejemplo que basta para afirmar el dolo con el conocimiento de la conduc-

¹⁸ 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*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁹ 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. Tomo II*, trad. de Rodríguez Muñoz, J. A., 3ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955).

²⁰ Conforme a la jurisprudencia [*vid.*, de entre las más recientes, 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)].

ta típica sumado a la “voluntariedad general” que se exige para calificar un hecho como acción a efectos del Derecho penal. De este modo, según este autor, 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”²¹. Algunos de los autores que defienden esta concepción intelectual del dolo fundan su argumento en la regulación del error que contiene el art. 14.1 CP, deduciendo del tenor de este precepto que “el concepto de dolo sólo se extiende al conocimiento de los elementos (constitutivos) del tipo”²². Esta concepción intelectual 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”²³.

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 empresa²⁴. Esto es, de concebir el dolo como mero conocimiento, se pasa a una concepción del dolo

²¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 242. Una defensa pionera en España del concepto intelectual 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, E. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 267 y ss.

²² 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*, nº 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., BdeF, 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.

²³ Vid., entre las más recientes, 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).

²⁴ VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 229 y ss.

basada en el *deber* de conocimiento. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ postula que para afirmar la presencia de una actuación dolosa en 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 menoscabo²⁵. 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 27 de julio de 2007 (RJ 2007/7107)²⁶.

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 voluntad²⁷. En este contexto, la consecuencia principal de la recepción de la teoría

²⁵ 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.

²⁶ 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).

²⁷ 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”

intelectiva 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 conocimiento²⁸. Esta relajación, al exacerbarse, ha dado lugar a sentencias como las recién citadas, en las que actúa una suerte de presunción de conocimiento fundada en un previo deber de conocer²⁹. 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 específicas³⁰.

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 art. 14 CP no permiten obviar el contenido del art. 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 compren-

que permitan “sólo en circunstancias extraordinarias (...) escindir probatoriamente ambos elementos” (el volitivo y el intelectual).

²⁸ La reciente 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).

²⁹ Cfr. nota 26.

³⁰ 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”.

sión 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. 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 garantías³¹ (en este caso, de las conectadas con el aspecto subjetivo del delito) al objeto de permitir castigar más, más duramente y más fácilmente.

III.3. 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 tradicionalmente 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*.

³¹ Vid. 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.

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 subjetivo³². 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”³³.

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 art. 5 CP (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) como los del art. 10 CP (“son delitos o faltas 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,

³² Por todos, HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002, pp. 127 y ss.

³³ 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).

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. 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 ejecuta³⁴. 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 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 conducta³⁵.

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, rechazar la consideración de la imprudencia como un contenido de la

³⁴ 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.

³⁵ Así, por ejemplo, el art. 142 CP califica como reo de homicidio imprudente al que “por imprudencia grave causare la muerte de otro”, el art. 152 CP castiga al que “por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores” y el art. 301.3 CP 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.

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 distinción en relación con un concepto normativo del dolo, ya que, mientras que 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 así 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 a la imprudencia como una *forma de imputación criminal heterodoxa y alternativa al modelo estándar de imputación*, propio de las infracciones dolosas³⁶. 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), 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 art. 12 CP al establecer que “las acciones u omisiones imprudentes *sólo* se castigan cuando *expresamente* lo disponga la Ley”.

Hay, pues, sin duda, subsidiariedad entre dolo e imprudencia, como apuntan los arts. 5 y 10 CP, pero es una subsidiariedad entre modelos cualitativamente distintos

³⁶ 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 (cfr. CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 161 y ss.).

de imputación penal -como da a entender el citado art. 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)³⁷. 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, 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.

³⁷ Tal es el caso de los delitos tipificados en los arts. 142, 146, 152, 158, 159.2, 220.5, 267, 301.3, 317, 324, 331, 344, 347, 358, 367, 391, 447, 467.2, 532, 601 y 621 CP.

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. En esa medida, el ordenamiento 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 permitido³⁸.

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

³⁸ LANDECHO VELASCO, C. M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal español. Parte General*, op. cit., p. 302.

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 desarrollada³⁹.

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, 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) o bien no es apreciable una correlación suficiente entre el resultado y la intensidad del riesgo generado por la acción, (ii) o bien ni siquiera existe propiamente relación de causalidad⁴⁰.

Cabe señalar, finalmente, 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

³⁹ Sobre esta discusión, *vid.* COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 574 y ss.

⁴⁰ Cabe 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 se halla 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 contemplarse 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.

tipicidad de la comisión dolosa de la misma conducta⁴¹. 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 art. 20 CP, 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.

⁴¹ Así ocurre, por ejemplo, con la sustitución de un niño por otro o la producción de daños. En el primer caso, el tipo de la infracción imprudente (art. 220.5 CP) 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) requiere que la cuantía de los daños causados sea significativamente superior (80.000 euros) a la demandada para la infracción dolosa (400 euros).

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 consciente de la falta de cuidado presente en su comportamiento (*cf.* nota 34). 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.