

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre las desviaciones causales:

«consumación anticipada» y «dolus generalis»

(Comentario a la STS de 6 junio 1994. Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)

FRANCISCO BALDÓ LAVILLA

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Barcelona

I

1. «Probado y así se declara, que el procesado, José H.D., mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 16,00 horas de 22 de octubre de 1992, recogió a su esposa María Soledad H.M. en el Centro Psiquiátrico de Tafira donde ésta había estado internada temporalmente y se dirigió a su domicilio, sito en la Urbanización "Los Eucaliptus" de la localidad de Telde, iniciándose en dicho domicilio una discusión entre ambos por el transcurso de la cual *el procesado agarró fuertemente a su esposa por el cuello por lo que cayeron ambos al suelo, provocando que la víctima se fracturara la tercera vértebra cervical con hemisección medular que le causó la muerte, aunque el procesado no dejó en ningún momento de oprimir el cuello de su esposa fuertemente hasta que notó el cuerpo inerme (sic.)*, momento en el que decidió, para que no lo viese su hijo, ocultar bajo la cama el cadáver hasta que al día siguiente se presentó en el Cuartel de la Guardia Civil de las Palmas de Gran Canaria para

confesar los hechos. Con anterioridad a estos hechos el procesado había agredido y amenazado de muerte a su esposa en varias ocasiones.» (1). A estos hechos declarados probados hay que añadir que la STS, refiriéndose a la SAP de las Palmas de Gran Canaria, indica que el Tribunal «a quo» estima que durante todo el decurso de los hechos el procesado actuó con *ánimo homicida*, si bien llega a dudar sobre el mecanismo de la muerte señalando en el Fundamento jurídico que se produjo bien por la fuerte y violenta presión que ejerció el procesado sobre el cuello de la víctima o indirectamente por esta presión acompañada de la caída de su esposa al suelo» (2).

2. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria condenó al luego recurrente como autor de un delito de parricidio con la atenuante de arrepentimiento espontáneo. El único motivo del recurso denuncia la inaplicación de la atenuante 4.^a del art. 9 del Código Penal. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

II

3. Los hechos que se transcriben en el relato fáctico nos sitúan en el complicado ámbito de las desviaciones causales. Ello es así porque la representación subjetiva del autor acerca de los hechos y el objetivo decurso de los mismos no son «congruentes» (3). Precisando más las cosas, los hechos nos sitúan, como mostraremos más adelante, en el ámbito de una clase concreta de desviaciones causales (4): las llamadas *desviaciones causales* que producen una «*consumación anticipada*» (5).

(1) Hechos probados extraídos de las Observaciones a la STS de 6-6-1994, publicada en: Actualidad Penal n.º 33/12-18 Septiembre 1994, pp. 1411-1413, pp. 1412-1413. La cursiva no consta en el original.

(2) Extracto de la propia STS 6-6-1994 en: AP n.º 33/12-18 Septiembre 1994, p. 1412.

(3) Sobre el concepto de «congruencia» y su trascendencia en el ámbito de las desviaciones causales, ver, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss y BALDÓ, F., Algunos aspectos conceptuales de la inducción, en: VVAA, Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1992, pp. 89 ss.

(4) Sobre las clases de desviaciones causales en general, ver, por todos, MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 3.^a ed. (1990), pp. 275 ss y SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss.

(5) Sobre esta clase concreta de desviaciones causales, ver, de momento, por todos, FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, pp. 569 ss (sobre las desviaciones causales en general) y p. 623 (sobre los casos de consumación anticipada (verfrühten Erfolgseintritts)); y asimismo, aunque abordando la cuestión desde la óptica del desistimiento voluntario, MUÑOZ CONDE, F., El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, pp. 144 ss; *el mismo autor*, Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?, GA 1973, pp. 33 ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 84 ss.

Casos éstos de desviaciones causales cuya estructura es precisamente la inversa (6) a la de otra clase de desviaciones causales, a saber, las de «*dolus generalis*» (7). Ciertamente, si el procesado pretendía dar muerte a su mujer estrangulándola hasta la asfixia y no lo consiguió por la vía que se representó subjetivamente —el estrangulamiento—, sino por otra distinta que actuó anticipando el resultado —la fractura cervical producto de la caída— (circunstancia ésta sobre la que en ningún momento tuvo constancia —siguió oprimiendo fuertemente el cuello de su esposa hasta que notó el cuerpo inerte—), los hechos nos sitúan en efecto en el ámbito de las «desviaciones causales» pues manifiestan una incongruencia entre la representación subjetiva del autor acerca del curso causal lesivo y el curso causal objetivamente lesivo. Esta incongruencia se produce en el caso en cuestión debido a que la desviación causal anticipa la producción del resultado buscado por el autor evitando, a su vez, la consumación del curso causal por el dolosamente originado. Todo ello nos plantea la cuestión de cuál ha de ser el tratamiento jurídico-penal de los casos de las desviaciones causales que producen una consumación anticipada. ¿Ha de responder el autor por el delito doloso consumado pese a que no se representa subjetivamente el curso causal efectivamente lesivo? ¿Ha de responder el autor por un delito doloso intentado porque la anticipación del resultado producto de un curso causal que no abarca su dolo impide que le sea imputable? ¿Hay que abogar por un tratamiento jurídico-penal distintivo? ¿Qué diferencia existe entre estos casos y los de «*dolus generalis*»? La respuesta a todas estas cuestiones que condicionan la concreta resolución del caso objeto de este comentario, exige efectuar algunas consideraciones con carácter previo.

4. Los casos de «*dolus generalis*» son aquéllos en los que el autor, en la creencia errónea de haber consumado previamente el resultado perseguido, sin saberlo lo causa realmente a través de una segunda acción destinada a ocultar la primera. Esto es, a nuestro juicio, se caracteriza por presentar la siguiente estructura: a) un primer comportamiento originador de un riesgo típico dolosamente abarcado que no se realiza en el resultado aunque su autor así —erróneamente— lo cree; y b) un segundo comportamiento originador de un nuevo riesgo que es el que realmente se realiza objetivamente en el resultado, pese a que es discutible su título de imputación —objetiva y subjetiva—. Estos casos son relativamente frecuentes en la práctica (8), pues frecuente es que un sujeto

(6) Ver, señalando este carácter inverso, HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2. (1988), p. 31; SCHROEDER, F.-C., *LK-StGB*, 11. ed (1994), § 16, nm. 34; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, p. 86.

(7) Sobre el «*dolus generalis*», ver, de momento, por todos, ROXIN, C., *Gedanken zum «dolus generalis»*, *Württemberg-FS* (1977), pp. 109 ss.

(8) Destaca la frecuencia con que estos casos acontecen en la vida práctica, ROXIN, C., *Gedanken zum «dolus generalis»*, *Württemberg-FS* (1977), p. 109.

creyendo haber consumado un delito decida ocultar los hechos, simular otros distintos, etcétera. *Casos tipo* de «dolus generalis», según la doctrina, serían los siguientes: (1) «A apuñala a su enemigo B, en venganza por una afrenta infligida a su honra. Posteriormente, creyendo muerto al hombre a quien apuñaló, que realmente sólo estaba herido, le arroja al río para borrar huellas del supuesto homicidio. La víctima muere realmente ahogada entre las aguas de aquél» (9); (2) «Tras de estrangular a su víctima el autor, creyendo haberle causado la muerte, pretende simular un suicidio por ahorcamiento y es cuando verdaderamente pierde la vida el supuesto muerto» (10). Respecto a esta estructura se han postulado diversos tratamientos jurídico-penales que a grandes rasgos pueden reconducirse a dos grandes orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, así como algunas posiciones particulares diferenciadoras y otras que podríamos denominar «sui generis». Las dos grandes orientaciones son las que sostienen la *solución del delito doloso consumado* y la *solución del delito doloso intentado* en concurso real con un delito imprudente consumado.

5. Una *primera gran línea doctrinal* aboga por una responsabilidad del autor por *delito doloso consumado* (11). Ya sea porque se entienda que hay que tratar los dos sucesos como si fueran uno único y unitario acto total, extendiendo el dolo inicial al segundo acto parcial no doloso, en una suerte de dolo conjunto, por no ser el segundo suceso más que un acto parcial de la acción total (12). Ya sea porque se entienda que en ellos sólo concurre una desviación en el curso causal de

(9) Caso de JIMÉNEZ DE ASÚA recogido en: SILVA-CORCOY-BALDÓ, Sistema de casos prácticos de Derecho Penal. Parte general —con soluciones—, 1993, p. 83.

(10) Caso recogido por JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, p. 420.

(11) WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74), para los casos en los que la voluntad del sujeto está dirigida a realizar un homicidio encubierto. Introduciendo la salvedad, sin embargo, de que la intención de ocultar el primer acto a través del segundo debe haber surgido ya antes del primer acto. De lo contrario, esto es, si sólo surge posteriormente, ya no defiende la solución de delito doloso consumado, sino la del concurso real con el delito imprudente; JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 420-421, estimando que «la desviación del curso causal resulta inessential, ya que los casos en los que el autor se emplea a sí mismo de forma inconsciente como instrumento de la consumación de su hecho entran perfectamente en el ámbito de la imputación objetiva (...) Sólo sería posible una solución distinta cuando en el caso concreto hubiese que negar la imputación objetiva del resultado producido únicamente por el segundo acto»; SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236); STRATENWERTH, G., Strafrecht. AT I, Die Straftat, 3. ed. (1981), n. 281 (pp. 102 y 103), a partir del baremo de la adecuación, pero rechazando la construcción del «acto total» de WELZEL; BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. (1990), p. 133-134; MUÑOZ CONDE, F., en: Muñoz Conde-García Arán, Derecho Penal. Parte General, 1993, p. 254.

(12) WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74).

naturaleza inesencial (13), que algún autor decide conforme al criterio de «la experiencia general de la vida» (14); conforme al criterio de la adecuación (15), etcétera. Razón por la cual se condena por delito doloso consumado. Con todo, hay que advertir que algunos autores introduce limitaciones a esta solución: así, la exigencia de que el dolo de realizar el segundo acto de ocultación, simulación, etcétera, exista ya antes de realizar el primer acto y que no se llegue a esta resolución en la fase que media entre la finalización del primer acto y el inicio del segundo —en cuyo caso se decantan por la solución de la tentativa— (16); o, asimismo, la exigencia de que sea posible imputar objetivamente el resultado producido por el segundo acto, pues de lo contrario concurre una desviación esencial en el curso causal —en cuyo caso se decantan de nuevo por la solución de la tentativa— (17).

6. Una *segunda gran línea doctrinal* parte de la consideración de que ambas acciones son distintas y, en consecuencia, el dolo referido al acto inicial no puede extenderse al segundo acto salvo empleando una «ficción» que viola las reglas generales de la teoría del delito. Razón por la cual se sostiene una responsabilidad del autor por un *delito doloso intentado* (18); *eventualmente, en concurso real con el correspondiente*

(13) JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 420-421; SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236).

(14) SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236).

(15) STRATENWERTH, G., Strafrecht. AT I, Die Straftat, 3. ed. (1981), n. 281 (pp. 102-103).

(16) Así, WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74); SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236); BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. (1990), p. 133-134.

(17) En esta línea, por ejemplo, JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, p. 421.

(18) ENGISCH, K., Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, p. 72; HRUSCHKA, J., Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, pp. 317 ss.; *el mismo autor*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. ed. (1988), pp. 28 ss.; JOSHI JUBERT, U., La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto), 1992, pp. 97-98; diferenciadamente, SCHROEDER, F.-C., LK-StGB, 11. ed. (194), § 16, nm. 31, por introducir restricciones en la medida en que la primera acción sea concretamente idónea para producir el resultado —en cuyo caso entiende que no se puede excluir el dolo y se decanta por la solución de la consumación—; FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 620 ss., p. 622; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss., 8/79.

delito imprudente consumado. En esta misma línea se han sostenido asimismo soluciones diferenciadoras (19).

7. Hay que mencionar finalmente una *tercera posición* «sui generis» no reconducible a las anteriores: la solución basada en el criterio de la «*realización del plan*» (20). Según ésta, y en ello, coincide con la solución de la tentativa, no basta con determinar si se produce una desviación esencial o inesencial en el plano de la mera imputación objetiva para atribuir una responsabilidad a título de delito doloso consumado. Será necesario probar también el dolo conforme al criterio de la realización del plan. Si los hechos se muestran como una realización del plan del autor el delito será doloso. Lo que sucederá si puede afirmarse desde un punto de vista normativo que el sentido objetivo del proceso se corresponde con lo que el autor quería (21). Según ello, tendrá pleno sentido político-criminal atribuir a título de dolo todos aquellos cursos causales que representen una realización del plan del autor (22). Esta solución no parece acertada, pues se basa meramente en sustituir la cuestión de lo que es «imputable a título de dolo» por la cuestión de lo que es «imputable como realización del plan». No da una respuesta a una pregunta, sino una nueva pregunta a la pregunta en cuestión (23).

8. Merece la pena señalar que todas las objeciones que se han dirigido mutuamente los autores que sostienen una u otra posición tienen, al final, un rasgo general común. En efecto, los autores que sostienen la solución del delito doloso consumado objetan siempre, en el fondo, a la solución de la tentativa de delito doloso, que el tratamiento de las desviaciones causales no es una cuestión de Lógica, sino de Valoración (24) —político-criminal o de otro tipo—. Y, a la inversa, los autores que sostienen la solución de la tentativa de delito doloso objetan siempre, en el fondo, al la solución del delito consumado, que éstos no es sólo ya que infrinjan las reglas lógicas, sino que más allá de ello practican una especie de «decisionismo basado en razones de sentimiento» (25). Por mi

(19) SCHROEDER, F.-C., LK-StGB, 11. ed. (1994), § 16, nm. 31; FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 620 ss., p. 622; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss. 8/79.

(20) ROXIN, C., Gedanken zum «dolus generalis», Würtenerberger-FS (1977), pp. 109 ss.

(21) *El mismo autor, en el mismo lugar*, p. 125.

(22) *El mismo autor, en el mismo lugar*, p. 116.

(23) Sobre otras críticas a este criterio de la realización del plan, ver, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss, pp. 378-379; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 84 ss.

(24) Ver PRITWITZ, C., Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pp. 110 ss., p. 113, recogiendo las ideas apuntadas por ROXIN, Gedanken zum «dolus generalis», Würtenerberger-FS (1977), pp. 109 ss., que pretende superar este peligro.

(25) Ver SCHROEDER, F.-C., LK-StGB, 11. ed. (1994), § 16, nm. 30; recogiendo esta idea de SCHROEDER, PRITWITZ, C., Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pp. 110, ss., p. 116, donde apunta que ROXIN, Gedanken zum «dolus generalis», Würtenerberger-FS (1977), pp. 109 ss., pretende superar este peligro a través del criterio de la «realización del Plan del autor».

parte, entiendo que existen buenas razones para decantarse por la solución de la tentativa siempre que «realmente» se dé un supuesto de «*dolus generalis*». Esto es, siempre que la segunda acción origine un «nuevo» riesgo «distinto» del que crea la primera acción. O, lo que viene a ser lo mismo, siempre que la segunda acción y los cursos causales que derivan de la misma no puedan ser entendidos como un «desarrollo continuador del riesgo típico inicialmente originado por la primera acción». De no ser así, a mi juicio no se pueden sino reconocer las mínimas exigencias que derivan de la analítica distintiva —o, si se quiere, de la lógica—, pues el respeto al «principio de simultaneidad» (26) impide extender un dolo sólo existente respecto al riesgo que origina un acto a otro riesgo que origina otro acto distinto, respecto al cual el dolo del primero constituye únicamente un «dolo antecedens» (27). En cambio, si el segundo acto se limita a continuar desarrollando una «clase de riesgo» que ya se originó con el primer acto (28) y si este riesgo era abarcado dolosamente, nada impide que el autor responda por el delito doloso consumado. Con ello se postula aquí una *solución diferenciadora de la tentativa orientada al análisis de los riesgos típicos*, que puede comportar asimismo diferencias en cuanto al tratamiento concursal. Por lo demás, en realidad, si se analizan bien los casos, se observará que todos aquéllos en los que las razones de sentimiento jurídico abogan por la solución del delito doloso consumado son casos en los que el curso causal que ocasiona el resultado con el segundo acto no es más que un curso causal que ya acarrea la primera clase de riesgo dolosamente creado por el primer acto, constituyendo el segundo solamente un desarrollo continuador del primero y no un acto de originación de nuevos y autónomos riesgos. Con todo, hay que reconocer que la solución de estos casos con una u otra construcción doctrinal siempre implica, al final, un cierto grado de «decisionismo». Lo importante, a mi juicio, para decantarse por la solución de la tentativa y, en concreto, por la construcción particular que de la misma aquí se sostiene, es que en ella el grado de «decisión» es mucho menor y, sobre todo, opera «al final» tras haber analizado todas las estructuras posibles conforme a las reglas generales de la imputación objetiva y subjetiva; y, no, como sucede en la solución de la consumación, «ya en un inicio», de forma escasamente distintiva

(26) Ver, sobre él, HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2. ed. (1988), *passim*; *el mismo autor*, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, *JuS* 1982, pp. 217, ss, pp. 317-318.

(27) Así, JOSHI JUBERT, U., La doctrina de la «*actio libera in causa*» en Derecho Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto), 1992, p. 98, diferenciando, por lo demás, los supuestos de «*dolus generalis*» de los de «*actio libera in causa*»; HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2. ed. (1988), 27.

(28) Sobre el concepto de «clase de riesgo», ver, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Aber ratio ictus*» e imputación objetiva, *ADPCP* 1984, pp. 347 ss.

de las estructuras posibles y, consiguientemente, con un alto grado de «decisión basada en sentimientos».

9. No podemos detenernos más en estas cuestiones que aquí sólo poseen una importancia incidental, en la medida en la que nos interesan primordialmente para delimitar los casos de «*dolus generalis*» frente a los casos de «desviaciones causales que producen una consumación anticipada». Por lo demás, con lo ya apuntado estimo que basta para mostrar que el presente caso objeto de comentario no reúne los elementos conceptuales y estructurales de la figura del «*dolus generalis*». Ciertamente, entre el caso objeto de este comentario y los casos de «*dolus generalis*» se dan algunas *afinidades*. La más significativa es la de que en ambos supuestos el autor pretende producir un concreto resultado típico —la muerte—, consiguiéndolo a través de un curso causal que no es el que subjetivamente se representó. Sin embargo, también se dan importantes *diferencias*. La más relevante es la de que así como en los casos de «*dolus generalis*» existen dos comportamientos distintos —pluralidad de hechos— que producen respectivamente «riesgos típicos», en el caso en cuestión sólo existe un comportamiento —unidad de hecho— generador de «riesgos típicos». En efecto, el caso objeto de este comentario no presenta la estructura del «*dolus generalis*» porque el concreto resultado se produce a consecuencia de un riesgo típico generado ya por el único comportamiento existente de forma jurídico-penalmente relevante y no a consecuencia de un nuevo riesgo típico generado por un segundo comportamiento del mismo autor que en el presente caso no existe de forma jurídico-penalmente relevante. Así las cosas, es posible afirmar que ambos casos de desviaciones causales son diversos: (1) porque, objetivamente, en los casos de «*dolus generalis*» existen dos acciones que respectivamente originan «cada una» de ellas «diversos riesgos típicos», y en los casos de «consumación anticipada» es «una sola acción» la que origina «diversos riesgos relevantes»; y (2) porque, subjetivamente, en los casos de «consumación anticipada» la desviación causal produce el resultado antes de lo que el autor se representa subjetivamente mientras que en la estructura de «*dolus generalis*» la desviación causal produce el resultado de forma posterior a lo que el autor se representa subjetivamente. Esto es, son estructuras «*no isomorfas*» e «*inversas*».

10. Establecidos los presupuestos conceptuales y estructurales de la figura del «*dolus generalis*» con objeto de distinguirla y delimitarla de su situación inversa, que es la que como veremos aquí interesa, pasaremos a ocuparnos de esta última. Esto es, pasaremos a ocuparnos de las *desviaciones causales que producen una «anticipación del resultado»*. Mas para ello anticiparemos ya la que, a nuestro juicio, es la *estructura troncal* de esta clase particular de desviaciones causales. Esta se caracteriza por los siguientes *elementos*: a) una solo comportamiento —unidad de acción—; b) originador de varios riesgos; c) un riesgo típico dolosamente abarcado pero que no produce el resultado pretendido; y d)

otro riesgo distinto que produce el resultado anticipadamente evitando la consumación del anterior, pese a ser discutible su título de imputación —objetiva o subjetiva—. *Casos a considerar* sobre esta constelación de casos son los siguientes: (1) el aquí comentado: STS de 6 junio 1994; (2) un sujeto intenta matar a otro que no sabe nadar lanzándolo a un río caudaloso desde un puente, pero la víctima muere al golpearse contra uno de los pilares (29); (3) etcétera. Sobre ellos, no se puede afirmar que exista unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto a su tratamiento jurídico-penal. En efecto, respecto a esta estructura también se han postulado diversos tratamientos jurídico-penales que a grandes rasgos pueden reconducirse a dos grandes orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, así como algunas posiciones particulares diferenciadoras. Las dos grandes corrientes doctrinales son las que sostienen la *solución del delito doloso consumado* —con sus diversas manifestaciones y variantes— y la *solución del delito doloso intentado* en concurso real con un delito imprudente consumado —con sus diversas manifestaciones y variantes—.

11. La *solución del delito consumado* (30). Esta primera gran línea doctrinal aboga por una responsabilidad del autor por un *delito doloso consumado*. La razón para sostener tal solución es que se parte de la consideración de que en estos casos sólo concurre una desviación en el curso causal de naturaleza «inesencial», que algún autor decide conforme al criterio de «la experiencia general de la vida» (31); conforme al criterio de la «causalidad adecuada» (32), conforme a una «valoración ético-jurídica del hecho» (33), etcétera —como sucedía con la figura del «*dolus generalis*»—. La mayoría de los autores que actualmente siguen esta línea estiman, con todo, que si no es posible imputar objetivamente

(29) Ejemplo tradicional en la doctrina alemana (ver, JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, p. 418), asimismo recogido, por ejemplo, por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, p. 90; BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. (1990), p. 132.

(30) WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74); SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236); STRATENWERTH, G., Strafrecht. AT I, Die Straftat, 3. ed. (1981), n. 283 (p. 103); en general para las desviaciones causales, aunque sin referirse a este caso concreto, CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General I (Introducción. Teoría jurídica del delito/1), 3. ed. (1985), p. 351; BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte general, 2. ed. (1990), p. 134, aunque aludiendo a un ejemplo que a mi juicio no puede encuadrarse en esta estructura (delito imprudente de homicidio consumado en concurso real con una tentativa inidónea de homicidio doloso).

(31) Así, SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236).

(32) Así, WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74), ya que la desviación se produce dentro del ámbito de la experiencia cotidiana.

(33) JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 417-419, p. 418.

el resultado producido de forma anticipada por la desviación causal, tampoco cabe apreciar la solución del delito doloso consumado. E, igualmente, admiten la posibilidad excepcional de que pueda producirse una desviación causal que conforme a los criterios (objetivos) ya apuntados se considere «esencial», en cuyo caso estiman concurrente un error de tipo que excluirá el dolo (34) y que redundará en una responsabilidad del autor por la vía de la tentativa de delito (35). Todo ello bajo la a mi juicio errónea suposición de que como en efecto no es necesario conocer el decurso causal en todos sus detalles —lo que es correcto—, «basta» con que la desviación sea objetivamente imputable «para que» exista «dolo» —lo que a mi juicio no es correcto—.

12. La *solución de la tentativa* (36). Esta segunda gran línea doctrinal aboga por una responsabilidad del autor por un *delito doloso intentado; eventualmente, en concurso ideal con el correspondiente delito imprudente consumado*. Sosteniéndose asimismo dentro de esta gran orientación doctrinal algunas soluciones diferenciadoras (37). A grandes

(34) Lo que comporta mezclar los planos del error de tipo y de la imputación objetiva. Se decide cuándo una desviación es *objetivamente* esencial conforme a los criterios de la adecuación, de la valoración ético-social, etcétera (imputación objetiva), y con ello se decide sin más cuándo una desviación es *subjetivamente* esencial (imputación subjetiva-error de tipo). En realidad, esta forma de proceder no es otra cosa que una manifestación más de la «responsabilidad objetiva».

(35) Así, por todos, JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 418-419.

(36) HRUSCHKA, J., Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, pp. 317 ss.; *el mismo autor*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. ed. (1988), pp. 33 ss.; MUÑOZ CONDE, E., El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, p. 144 ss.; *el mismo autor*, Der Mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?, GA 1973, pp. 33 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 93 ss.; *diferenciadamente*, HERZBERG, R.D., Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss.; p. 883; WOLTER, J.; Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung —zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt—, ZStW 89 (1977), pp. 649 ss.; pp. 697 ss.; *el mismo autor*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung», H. Leferenz-FS (1983), pp. 545 ss., pp. 560 ss.; SCHROEDER, F.-C.; LK-StGB, 11. ed. (1994), § 26, nm. 34, estimando —erróneamente— que ambos delitos se hallan en relación de concurso real, y siempre que el autor no conociera la concreta idoneidad de su comportamiento para producir el resultado; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss, 8/79 (pp. 300-301); FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, p. 623.

(37) HERZBERG, R.D.; Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss., p. 883; WOLTER, J.; Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung —zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt—, ZStW 89 (1977), pp. 649 ss., pp. 697 ss.; *el mismo autor*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung», H. Leferenz-FS (1983), pp. 545 ss.; pp. 560 ss.; SCHROEDER, F.-C.; LK-StGB, 11. ed. (1994), Verhalten und Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), § 16, nm. 34; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss.; 8/79 (pp. 300-301); FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, p. 623.

rasgos, todo ello en la consideración de que resulta obligado respetar las reglas básicas de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva. Con todo, hay que poner de relieve que no todas las construcciones que se pueden reconducir a esta solución respetan en igual medida las mencionadas reglas de la imputación objetiva y subjetiva. Desde luego, todos los autores sostienen la necesidad de que el resultado anticipado producido por la desviación causal sea uno objetivamente imputable — con qué criterios, ya es otra cuestión—. Por lo que hasta aquí no podrían establecerse grandes diferencias respecto a la solución de la consumación. Pero no todos coinciden en el grado de representación subjetiva que es necesario para la imputación subjetiva. Esto es, no todos coinciden en las reglas conforme a las cuales se decide si concurre un error de tipo: para algunos basta para que concorra dolo con que se dé una «conciencia concomitante» (38); para otros, con que el autor se represente el peligro inherente a la conducta típica (39); etcétera. Nuestra opinión al respecto la exponemos más adelante (40).

13. Se señala que la solución de la consumación le sustrae antes de tiempo al autor la posibilidad de un *desistimiento voluntario* de la tentativa, pues de lo contrario se tiene que admitir la posibilidad de un desistimiento voluntario posterior a la consumación (41). Sin embargo, este argumento no posee una fuerza decisiva, pues en efecto parte de la suposición de que un posible desistimiento voluntario del autor poseería eficacia aunque ya no fuera eficaz —como sucede en estos casos, por la consumación anticipada—. Construcción esta última del concepto de desistimiento voluntario relevante jurídico-penalmente que es cuando menos discutible (42). Y ello porque como ya hace un tiempo señaló entre nosotros Muñoz Conde el efecto de impunidad del desistimiento voluntario depende de la posibilidad de evitar el resultado (43). Circunstancia ésta que no puede producirse en los casos en cuestión. En efecto, es estos casos nos hallaremos ante supuestos que presentan la estructura de «*desistimiento malogrado*» (44). Esta estructura se caracteriza por las

(38) HERZBERG, R.D.; *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss.

(39) FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbetandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, pp. 46 ss.

(40) Ver, II., n. 14.

(41) SCHROEDER, F.-C.; LK-StGB, 11. ed. (1994), § 16, nm. 34.

(42) WOLTER, J., *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung»*, H. Leferezz-FS (1983), pp. 545 ss., pp. 561.

(43) MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, pp. 144 ss.

(44) Ver, ampliamente, MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, pp. 144 ss.; *el mismo autor*, *Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?*, GA 1973, pp. 33 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, pp. 84 ss.

siguientes notas: a) una solo comportamiento —unidad de acción—; b) originador de varios riesgos; c) un riesgo típico dolosamente abarcado pero que no produce el resultado pretendido; d) otro riesgo distinto que produce el resultado anticipadamente evitando la consumación del anterior, pese a ser discutible su título de imputación —objetiva o subjetiva—; y e) una tentativa de desistimiento voluntario malograda por la consumación anticipada que produce la desviación causal. Un caso del mismo mencionado doctrinalmente sería el siguiente: A quiere matar a B y coloca una bomba de relojería en su habitación, pero unas horas más tarde arrepentido desconecta la bomba, a pesar de ello y con gran sorpresa por su parte, la bomba estalla y mata a B (45). A mi juicio, el desistimiento malogrado no posee apenas trascendencia «en sí mismo». Y ello, como veremos más adelante, porque tanto los casos de desviación causal con consumación anticipada, como los casos de desviación causal con consumación anticipada más desistimiento malogrado, han de recibir básicamente un tratamiento jurídico-penal igual en los casos estándar: delito doloso intentado en concurso ideal con delito imprudente consumado (46). La diferencia de tratamiento jurídico-penal residirá en la aplicación a estos últimos, según el autor mencionado, de una eventual atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo (47). Esta escasa trascendencia del «desistimiento malogrado», que como regla general no produce el efecto de impunidad, se muestra a mi juicio plenamente justificada. En efecto, hasta donde alcanzo a ver, la figura del desistimiento voluntario se *fundamenta* en el fondo en los *deberes de aseguramiento* que resultan de la «injerencia previa» —tentativa inacabada o acabada—, de forma que estos obligan bien a detener la ejecución —en la fase de tentativa inacabada—, bien a impedir que se produzca el resultado —en la fase de ten-

(45) . Caso recogido por MUÑOZ CONDE, F., El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, p. 146, otros ejemplos, en pp. 146 ss.

(46) Así, MUÑOZ CONDE, F., El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, p. 152, sostiene que el desistimiento malogrado debe ser castigado por delito frustrado o intentando con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga en concurso con el delito consumado culposo; en la misma línea, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 84 ss.; p. 86. Este es el tratamiento jurídico-penal estándar, en otras variantes estructurales, como veremos, el tratamiento jurídico-penal puede ser el delito doloso intentando —bien porque el resultado anticipado producido por la desviación causal no es objetivamente imputable o bien por que no es en grado alguno subjetivamente imputable—. Y, en otras, otros tratamientos jurídico-penales MUÑOZ CONDE, F., El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, p. 145, plantea una excepción que a mi juicio no es más que un supuesto de «desistimiento voluntario incompleto y frustrado (eficaz parcialmente)», pues la desviación causal: (1) se produce cuando ya existe un «intento inacabado de desistimiento eficaz»; (2) que se frustra por producir la desviación causal una consumación anticipada «no imputable objetivamente» (conforme a los criterios de la prohibición de regreso). Cuestión distinta es la de el tratamiento jurídico-penal de tal desistimiento voluntario incompleto y frustrado que excede de las posibilidades de este simple comentario.

(47) MUÑOZ CONDE, F., El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, p. 152.

tativa acabada—. De tal forma que, si el desistimiento es ya imposible por objetivamente ineficaz, no existe desistimiento voluntario relevante jurídico-penalmente. Así, si el autor origina un riesgo de forma plenamente imputable (objetiva y subjetivamente) que desencadena varios cursos causales y uno de ellos anticipa el resultado, perderá el beneficio de la posibilidad de desistimiento voluntario, pues su acción originadora de varios cursos causales le obliga a contar con que la fase omisiva podrá verse «acortada». Fundamentación ésta en la que en este comentario no podemos extendernos más.

14. Describas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento jurídico-penal de esta clase de desviaciones causales, conviene sin embargo delimitar en su justa medida la *diferencia real* que a mi juicio existe entre ambas soluciones. Veamos. En este caso el injusto de la tentativa resulta de las siguientes consideraciones. Durante el «iter» que discurre hasta la tentativa acabada, la tentativa pasa por una fase —la inicial hasta la consumación anticipada— en la que puede hablarse de *tentativa idónea inacabada*, para transformarse en una *tentativa inidónea inacabada* —desde la consumación anticipada— y sucesivamente en una *tentativa inidónea acabada* (48). Tentativas estas que a mi juicio entran en *concurso de leyes* a solucionar conforme al principio de subsidiariedad. Si el resultado producido anticipadamente por el curso causal desviado no es objetivamente imputable, hay que destacar en orden a mostrar las diferencias reales entre ambas teorías que probablemente ambas soluciones llegarán a la misma solución: a saber, responsabilidad del autor por tentativa de delito. Las cosas y su tratamiento jurídico-penal pasarán, sin embargo, a ser controvertidos tan pronto como el curso causal desviado y no abarcado por el dolo origine el resultado de forma que éste sea objetivamente imputable. Ciertamente, a partir de este momento, los autores que defienden la solución de la consumación pasarán a abogar por una responsabilidad del autor por el delito doloso consumado; y, en cambio, los autores que defienden la solución de la tentativa pasarán a abogar por una responsabilidad del autor por el delito doloso intentado —eventualmente, en unidad de hecho con un posible delito imprudente consumado si el riesgo que produce la desviación causal eficaz es atribuible a título de imprudencia (consciente o inconsciente)—. Observaremos, pues, que cuando el resultado anticipado no es objetivamente imputable o, en los términos de la teoría de la consumación, no es esperable según la experiencia general de la vida, las diferencias de tratamiento no existen. La teoría de la consumación hablará de una desviación causal «esencial» y la teoría de la tentativa de un resultado objetivamente no imputable al autor. Y, observaremos también, que las diferencias de tratamiento sólo surgirán cuando el resultado anticipado

(48) Ver, sobre el concepto de tentativa inidónea que tengo para mí por correcto, BALDÓ, F., Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad», 1994, pp. 111-119, pp. 113 ss.

sea objetivamente imputable o, en los términos de la teoría de la consumación, esperable conforme a la experiencia general de la vida. En tal caso, la teoría de la consumación entenderá que se produce una desviación causal «inesencial» y abogará, por tanto, por una responsabilidad por el delito doloso consumado; en tanto que la teoría de la tentativa se limitará «de momento» a afirmar por lo menos una responsabilidad del autor por delito doloso intentado. Decimos «por lo menos» pues según la solución de la tentativa que aquí se defiende no acabará con ello el análisis del caso. En efecto, habrá de proseguir con éste para poder determinar si el riesgo que produce el resultado anticipadamente por la desviación causal es imputable a título de dolo, imprudencia o no es en absoluto subjetivamente imputable. De ahí que frente al tratamiento de la solución de la consumación que podría ser considerado un tratamiento jurídico-penal uniforme, el tratamiento de solución de la tentativa pueda ser considerarse un tratamiento jurídico-penal «distintivo» y que, por tanto, posea la ventaja de realizar en mayor medida el principio de igualdad. Para poder realizar este tratamiento más distintivo será determinante el concepto de «voluntad y conocimiento» que manejen o, si se quiere, las reglas de imputación subjetiva que sostengamos. Aquí, sin poder en este momento precisar más la cuestión nos decantamos por un concepto de *dolo cognoscitivo* que ha de abarcar —objeto del dolo— la clase de riesgo originada desde el inicio de la fase de tentativa *hasta la tentativa acabada*, siendo indiferente el que se mantenga, cambie, etcétera, después de ella (49). Es necesario, con todo, delimitar normativamente hasta qué grado el autor debe representarse subjetivamente en todos sus detalles un riesgo para que no se violen las reglas de la imputación subjetiva. A mi juicio, bastará con que el autor se represente subjetivamente la peligrosidad objetiva que ex ante facto acarrea su comportamiento conforme a las leyes de la experiencia cotidiana, sin que por ello sea necesario que prevea todos y cada uno de los cursos causales inherentes a su comportamiento originador de riesgos, ni tampoco que posea un conocimiento de las leyes naturalísticas o técnicas conforme a las cuales se desarrolla el curso causal (50). *Bastará pues*

(49) Ver BALDÓ, F., Algunos aspectos conceptuales de la inducción en: VV AA, Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1992, p. 104, not. 65; ROXIN, C., Gedanken zum «dolus generalis», Würtenberger-FS (1977), p. 115.

(50) Cfr., sobre el concepto de dolo, por ejemplo, FRISCH, W., Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, 56 ss., *El mismo autor*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, pp. 572, 586-587; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss., p. 367, entendiendo que el curso causal y el resultado pertenecen al tipo penal, pero no al tipo de injusto, por lo que no han de ser abarcados por el dolo, lo que comporta que no se pueda hablar de errores sobre el proceso causal. Ahora bien, exige que el dolo abarque el riesgo que precisamente se realiza en el resultado; y, sobre el concepto de dolo de peligro, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994, *passim*.

con que el agente se represente en el momento de la acción los posibles peligros y efectos que la misma puede acarrear según las reglas de la experiencia cotidiana. Conocimiento que se adquiere a través del proceso de aprendizaje que desde la infancia sigue todo sujeto y que se actualiza en cada acción concreta que realiza un sujeto. De no actualizarse en el momento de comisión del hecho puede concurrir un error de tipo (51).

15. De ahí que aquí nos inclinemos por la versión de la solución de la tentativa en la manifestación concreta hasta ahora desarrollada. Esto es, por una versión diferenciadora de la solución de la tentativa orientada a las estructuras y a las reglas de imputación objetiva y subjetiva. Ello significa que el tratamiento jurídico-penal que aquí se defiende para los casos que presentan la estructura troncal de desviaciones causales que producen la consumación anticipada depende, por un lado, de las posibles variantes estructurales que de la misma cabe establecer y, por otro, de las reglas de imputación objetiva y subjetiva que se tienen por aplicables.

16. Así, existe un primer grupo de casos en los que existe una conexión causal entre el resultado buscado y el comportamiento del sujeto (que por tanto origina un riesgo causal), mas este riesgo que efectivamente se realiza causalmente en el resultado no es objetivamente imputable. En cuyo caso no podrá hablarse ni desviación causal irrelevante, ni de resultado imputable, ni mucho menos de desviación causal como clase de error «de tipo» (52). Con todo, el autor responderá por el riesgo típico por él originado de forma dolosa, pese a que éste no se haya realizado en el resultado —consumado—, y no responderá por el otro riesgo que también desencadenó, pues sólo se ha realizado en el resultado en términos «fácticos». Es decir, el autor responderá por un delito doloso intentado. En este tratamiento jurídico-penal coincidirían, como ya se ha indicado, tanto las soluciones del delito consumado como las del delito intentado —en el supuesto de que se mantengan idénticos criterios de imputación objetiva—. Así, por ejemplo, (1) «A administra una dosis medicamentosa mortal de efectos retardados a B, su mujer, con ánimo homicida, marchando acto seguido de la vivienda común. La vivienda común se hunde por la explosión provocada por una fuga de gas ocasionada por otro vecino del inmueble, produciendo la muerte de sus ocupantes; (2) La víctima no muere por las heridas inferidas sino a consecuencia del incendio que se desencadena en el hospital donde era curado (53);

(51) Ver, sobre el concepto de error de tipo que tengo para mí por correcto, BALDÓ, F., Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad», 1994, pp. 11 ss.

(52) Así, MIR PUIG, S.; Derecho Penal. Parte General, e. ed. (1990), p. 276.

(53) Ejemplo recogido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, p. 87.

(3) Se quería matar, pero sólo se hiere, y el herido muere por un accidente que sufre la ambulancia (54). En todos estos casos la cuestión decisiva será la de qué criterios de imputación objetiva se tienen por válidos.

17. Y existe un *segundo gran grupo* de casos en los que sí cabe propiamente hablar de desviaciones causales con producción anticipada del resultado que pueden redundar en supuestos de error «de tipo», porque la desviación causal no excluye la imputación objetiva. Esto es, casos en los que un solo comportamiento típico origina dos o más riesgos objetivamente típicos de forma que el riesgo que se realiza en el resultado perseguido es precisamente el riesgo cuyo título de imputación subjetiva es discutible. Dentro de esta variante estructural podemos distinguir a su vez diversas variantes estructurales, aunque algunas de ellas no constituyan tampoco supuestos de error de tipo en sentido estricto. A) *En primer lugar*, podemos distinguir los casos de «dolo alternativo» (55). Esto es, aquéllos en los que un sujeto origina dos o más riesgos objetivamente típicos, todos ellos dolosamente abarcados, a sabiendas de que sólo uno de ellos se realizará en el resultado típico perseguido. Bastará asimismo el dolo eventual respecto a la desviación causal. Caso éste en el que en principio no cabe hablar de desviaciones causales subjetivamente relevantes, ni por tanto de error de tipo. El autor responderá por un *delito doloso consumado*. B) *En segundo lugar*, hay que distinguir el grupo de casos en los que el resultado típico se origina a consecuencia de uno de los riesgos típicos ocasionados por el comportamiento del agente, pero no a través del riesgo típico dolosamente abarcado, sino a través del un riesgo objetivamente típico que se realiza anticipadamente en el resultado de forma que no es siquiera imputable a título de imprudencia. Caso éste en el que en cabe hablar de desviaciones causales subjetivamente relevantes, respecto a las cuales concurre un error de tipo invencible. El autor responderá por un *delito doloso intentado*. Y C) *en tercer lugar*, podemos distinguir el grupo de casos en el que el resultado típico se origina a consecuencia de uno de los riesgos objetivamente típicos ocasionados por el comportamiento del agente, pero no a través del riesgo típico dolosamente abarcado, sino a través del otro riesgo típico que se realiza anticipadamente en el resultado de forma imputable a título de imprudencia. Caso éste en el que

(54) Ejemplo recogido por MIR PUIG, S.; Derecho Penal. Parte General, e. ed. (1990), p. 276; también por CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal Español. Parte General I (introducción. Teoría jurídica del delito/1), 3. ed. (1985), p. 352.

(55) Sobre él se sostienen diversos tratamientos jurídico-penales, pero también diversos «conceptos», ver JOERDEN, J.C., Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen ferichete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus, ZStW 95 (1983), pp. 565-605; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss.; p. 376, not. 141; FARRE TREPAT, E., La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia, 1986, pp. 114 ss.; BALDÓ, F., Algunos aspectos conceptuales de la inducción, en: VV AA, Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1992, p. 121 y not. 139.

cabe hablar de desviaciones causales subjetivamente relevantes, respecto a las cuales concurre un error de tipo vencible. El autor responderá por un *delito doloso intentado en concurso ideal con un delito imprudente consumado*. En todos estas variantes estructurales la cuestión decisiva será la de qué criterios de imputación subjetiva se tienen por válidos. Esto es, la cuestión de qué grado de representación subjetiva es exigible para el dolo y para la imprudencia (56).

III

18. Hecha toda esta exposición del debate doctrinal existente en torno al tratamiento jurídico-penal de los supuestos de desviaciones causales de la especie «consumación anticipada» y «*dolus generalis*» (II.), nos hallamos ya en disposición de abordar la *resolución concreta* del caso objeto de este comentario. Empezaremos por destacar aquellos elementos del relato fáctico que a nuestro juicio se muestran como relevantes para su evaluación jurídico-penal. El Tribunal «a quo» declara probado que el procesado agarró fuertemente a su esposa por el cuello por lo que cayeron ambos al suelo, provocando que la víctima se fracturara la tercera vértebra cervical con hemisección medular que le causó la muerte, aunque el procesado no dejó en ningún momento de oprimir el cuello de su esposa fuertemente hasta que notó el cuerpo inerte, entendiéndose que todo el proceso fue guiado por un ánimo homicida -que deduce según el expediente procesal de los actos anteriores (el procesado había agredido y amenazado de muerte a su esposa en varias ocasiones), coetáneos (en este caso, la clase de agresión) y posteriores-. Si estos son los hechos declarados probados, hemos de suponer que el procesado pretendía dar muerte a su mujer estrangulándola hasta que muriera por asfixia. Y hemos de suponer asimismo que, a pesar de conseguir darle muerte como pretendía, no lo consiguió por la vía que se representó —el estrangulamiento—, sino por otra distinta que anticipó el resultado —la fractura cervical producto de la caída—, circunstancia ésta acerca de la que en ningún momento tuvo constancia —siguió oprimiendo fuertemente el cuello de su esposa hasta que notó el cuerpo inerte—. También hemos de suponer, en este caso por vía de hipótesis, pues lamentablemente los hechos probados nada dicen al respecto, que la caída se produjo como producto natural de la confrontación entre la violencia agresiva empleada por el autor en el intento de estrangulamiento y la violencia defensiva empleada por la víctima; y no por otra circunstancia en mayor o menor medida accidental o imputable.

(56) Sobre ello, ver, II., n. 14.

19. Si éstos son los hechos, podemos ya establecer que el caso en cuestión presenta la estructura de las «*desviaciones causales que producen una anticipación del resultado*». Y que, en cambio, no presentan la estructura de los casos de «*dolus generalis*», ni la de los casos de «*preterintencionalidad*» —como pretende la alegación del recurso de casación—, ni, por lo demás, presentan la estructura de los casos de «*desistimiento voluntario malogrado*». Casos todos estos que ya han sido analizados (en II).

20. Ciertamente, cabe afirmar que los hechos reúnen todos los elementos necesarios como para que los enmarquemos claramente en el ámbito de la *estructura troncal de las desviaciones causales que producen un resultado anticipado*. A saber, como ya ha quedado dicho: (1) una solo comportamiento típico —unidad de acción—; (2) originador de varios riesgos; (3) uno dolosamente abarcado pero que no produce el resultado pretendido; y (4) otro que produce anticipadamente el resultado pese a ser discutible su título de imputación —objetiva o subjetiva—. De aceptarse todo ello como correcto, el siguiente paso que cabe dar en orden a la calificación del hecho es el de determinar cuál de las variantes estructurales de la estructura troncal de «*desviación causal con anticipación del resultado*» se realiza en el caso en cuestión. Parece claro que conforme a los hechos probados es posible afirmar la *imputación objetiva* del resultado originado por el riesgo no dolosamente abarcado. Para no entrar en un análisis demasiado prolijo que prolongue más de lo debido la explicación, lo expresaremos a través del clásico argumento «*a fortiori*». En efecto, si es regla general afirmar la imputación objetiva del resultado más grave en los casos de empujón, empujón, forcejeo preterintencionales (57), con mayor razón habrá que afirmar la imputación objetiva del resultado anticipado que se produce en nuestro caso producto de un estrangulamiento con forcejeo (58). Así pues, descartada la posibilidad de que el resultado anticipado no sea objetivamente imputable, nos

(57) En efecto, la no exclusión de la imputación objetiva en estos casos es la regla general para los casos normales; en casos anómalos, sin embargo, pueden darse situaciones de no imputación objetiva en el ámbito de las constelaciones de casos comentadas.

(58) La mención que hace la STS, refiriéndose a la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, indicando que el tribunal «a quo» llega a dudar sobre el mecanismo de la muerte señalando en el Fundamento jurídico que se produjo «bien por la fuerte y violenta presión que ejerció el procesado sobre el cuello de la víctima o indirectamente por esta presión acompañada de la caída de su esposa al suelo», podría, de ser cierta, cambiar la solución del caso. De todas formas hay que señalar, por un lado, que esta mención se hace en los fundamentos jurídicos y que los hechos probados son precisamente otros —(...) *provocando que la víctima se fracturara la tercera vértebra cervical con hemisección medular que le causó la muerte* (...)—, y por otra, aunque esta consideración es meramente particular, hay que decir que es realmente cuestionable en términos causales que la asfixia pueda ser co-causal en un caso de muerte instantánea por hemisección medular de la tercera vértebra.

situamos ya en el campo en el que las teorías de la consumación y de la tentativa llegan a soluciones diversas. De ahí, si se me permite, la *singularidad* del caso que aquí se comenta. Que las cosas son así, lo demuestra el tratamiento jurídico que se sostiene en la sentencia en cuestión: el del delito doloso consumado. Tratamiento cuya mejor fundamentación se puede buscar en la anteriormente expuesta -aunque criticada- solución de la consumación para los casos de desviaciones causales con anticipación del resultado. Y el tratamiento jurídico por el que aquí, en cambio, nos decantaremos: el que propugna la solución de la tentativa, aunque en la orientación diferenciadora aquí sostenida. Que parte, recordemos, tanto del respecto a las diversas variantes estructurales, como de una determinada concepción de las reglas de imputación objetiva y subjetiva. Conforme a lo ya expuesto, el siguiente paso a dar en este análisis del caso será el de determinar si el riesgo que produce el resultado anticipado —estrangulamiento /forcejeo /desnucamiento— es un riesgo que es imputable subjetivamente a título de dolo eventual, de imprudencia o no imputable subjetivamente. Las escasas pruebas que poseemos respecto a este punto en el momento de redactar este comentario sólo nos permiten efectuar meras *hipótesis*. Presumimos aquí que si el autor se hubiera representado —actualizado en su consciencia (59)— con dolo eventual o con culpa consciente la posibilidad de que la víctima hubiera muerto por la caída, lo más probable es que en el acto de arrepentimiento espontáneo posterior ante la Guardia Civil, en vez de confesar su estrangulamiento, hubiera dado una versión de los hechos más propicia para sus propios intereses. Hay que reconocer, sin embargo, que ello no deja de ser una mera hipótesis. Con todo, lo que ya es más difícil de cuestionar es la existencia, cuando menos, de *culpa inconsciente* respecto al riesgo que produce como ha quedado dicho el resultado anticipado —estrangulamiento /forcejeo /desnucamiento—. De ahí que aquí no abogemos por la solución de la tentativa «pura», sino por la de una responsabilidad del autor por *un delito doloso de parricidio intentado en concurso ideal con un delito imprudente de parricidio consumado* (60).

21. No se da, en cambio, un supuesto de *desistimiento voluntario malogrado*, pues el agente en ningún momento del proceso decide desistir voluntariamente de la ejecución. Ni antes de haber producido efectivamente el resultado buscado, ni antes de haberlo producido según su representación subjetiva —errónea—, el autor decide desistir de la ejecución. Sólo después de haber producido efectivamente el resultado buscado y después asimismo de que se represente haber producido el resultado que pretendía, el agente decide entregarse. Tal estructura se corresponde con la que cabe sostener para los casos de arrepentimiento

(59) Ver, II., n. 14 *in fine*.

(60) A partir de la entrada en vigor del nuevo Código Penal: delito doloso de homicidio intentado en concurso ideal con un delito imprudente de homicidio consumado.

espontáneo. En efecto, durante el «iter delictivo» se pueden establecer las siguientes correspondencias: (1) tentativa inacabada-desistimiento voluntario pasivo; (2) tentativa acabada-desistimiento voluntario activo; (3) consumación-arrepentimiento espontáneo. Así las cosas, ni es éste un caso de desistimiento voluntario, ni uno de desistimiento voluntario malogrado —en cuyo caso entraría en consideración la aplicación de una atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo (61)—, sino, eventualmente, de *arrepentimiento espontáneo*.

22. Hay que señalar que por las razones apuntadas (en II.) el caso comentado de desviación causal que produce una anticipación del resultado no constituye un supuesto de «*dolus generalis*». Pero podría haberlo sido. Obsérvese la siguiente reconstrucción de los hechos: si en vez de que la víctima hubiera muerto producto de la caída, hubiere muerto a consecuencia de algún golpe que se le hubiera podido dar el autor después del intento de estrangulamiento, cuando «(...) decidió, para que no lo viese su hijo, ocultar bajo la cama el cadáver...», estos hechos reconstruidos presentarían la estructura del «*dolus generalis*».

23. Por lo demás, y para concluir, hay que descartar el motivo del recurso: a saber, la alegación de *preterintencionalidad*. La circunstancia de que en el caso en cuestión sea una sola acción la que produce varios riesgos relevantes podría —erróneamente— hacer pensar, como así sucedió en el fundamento del recurso, que cabría tratarlo jurídico-penalmente como si fuera un caso de preterintencionalidad. Y, ciertamente, cabe convenir que la estructura que presentan los casos de preterintencionalidad y la que presenta el caso en cuestión coinciden en que en ambas es una sola acción la que origina diversos riesgos típicos. Sin embargo, no se puede sino reconocer que no son estructuras «isomorfas» pues así como el riesgo típico de muerte originado por la acción preterintencional nunca deben ser subjetivamente imputado a su autor a título de dolo, en el caso en cuestión existe cuando menos un riesgo típico de muerte que es imputable subjetivamente a su autor de forma dolosa. Diferencia ésta que no puede desconocerse. En efecto, la *estructura* de preterintencionalidad «*stricto sensu*» se caracteriza a mi juicio porque ella supone la *realización de una conducta que acarrea directamente dos riesgos: un riesgo típico básico dolosamente abarcado y un riesgo típico más grave culposamente abarcado*. Puesto que es una sola conducta la que constituye dos delitos, su tratamiento jurídico-penal queda sujeto al régimen prescrito por el *concurso ideal* de delitos. El primer riesgo típico que origina la conducta, el básico, constituye un riesgo dolosamente abarcado. De ahí que si la conducta no produjera ulteriores consecuencias más graves, no se plantearía problema alguno.

(61) Así lo sostiene al menos, MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, p. 152.

El sujeto respondería por el correspondiente delito doloso consumado o no. Pero como quiera que la «misma» conducta acarrea (lleva inherente) un segundo riesgo, que puede o no producir ulteriores consecuencias más graves, se hace necesario estudiar cómo responderá el sujeto por las mismas. Ciertamente, si estas consecuencias más graves «directamente» ligadas a la conducta en cuestión *no son objetivamente imputables* a la misma conforme a los criterios jurídico-penales usuales, no podrá hablarse nunca de preterintencionalidad en sentido estricto. Se podrá a lo sumo decir que el sujeto ha ocasionado en términos fácticos consecuencias más graves de las que pretendía, pero no que deba responder de ellas conforme a las reglas jurídico-penales de la preterintencionalidad. Si, por el contrario, puede afirmarse la *relación de imputación objetiva* entre la conducta y las consecuencias más graves, se hace necesario distinguir *tres posibles subestructuras* básicas. La *primera* es aquélla en la que el riesgo objetivo que ocasiona las consecuencias más graves, si bien no era el pretendido (intención), sí que cuando menos es abarcado en términos de dolo eventual. En ese caso, tampoco podemos hablar de preterintencionalidad en sentido estricto. Podemos decir, de nuevo, que el sujeto ocasiona consecuencias más graves que las que pretendía; mas, con todo, éstas le serán imputables a título doloso. Por lo tanto, responderá por ellas conforme al correspondiente delito doloso consumado. Este desplazará normalmente al delito básico conforme a las reglas del concurso de leyes —el riesgo doloso más grave absorbe al riesgo doloso menos grave— (subsidiaridad). La *segunda* es aquélla en la que el riesgo objetivo que ocasiona las consecuencias más graves, no sólo no era el pretendido (intención), sino que ni siquiera le era atribuible subjetivamente a título de imprudencia —pese a ser objetivamente imputable—. En ese caso, tampoco podemos hablar de preterintencionalidad en sentido estricto. Podremos decir, de nuevo, que el sujeto ocasiona consecuencias más graves que las que pretendía, pero éstas no le serán, con todo, imputables, ni a título doloso ni a título imprudente. Por lo tanto, no responderá por ellas, aunque evidentemente sí responderá por el delito doloso básico, consumado o no. Y, finalmente, una *tercera*, a la que podemos denominar como *preterintencionalidad en sentido estricto*. Esta se caracteriza porque en ella el riesgo que ocasiona las consecuencias más graves, ni era el pretendido (intención), ni era abarcado en términos de dolo eventual, pero sí era subjetivamente imputable a título de imprudencia (culpa consciente/culpa inconsciente). Es en este caso cuando podemos hablar de preterintencionalidad en sentido estricto. De ser así las cosas, el sujeto responderá por *un delito básico doloso (consumado o no) en concurso ideal con un delito imprudente consumado*. Este tratamiento jurídico-penal arranca de una propuesta de *Mir Puig* (62)

(62) Ver, MIR PUIG, S., Preterintencionalidad y límites del art. 50 del CP, RJCat. 1979, pp. 57 ss.

y es hoy en día comúnmente aceptada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina dominante (63). Pues bien, si esta es la estructura de la preterintencionalidad, parece claro que en el caso aquí objeto de comentario no nos hallamos ante un caso que presente su estructura troncal, ya que el comentado se caracteriza por ser un «comportamiento que acarrea directamente dos riesgos: un riesgo dolosamente abarcado de causar un resultado «concreto» que no se consuma por la realización anticipada en ese mismo resultado «concreto» del otro riesgo no dolosamente abarcado». El caso en cuestión y los casos de preterintencionalidad coinciden, por tanto, en que todos ellos suponen un único comportamiento que origina directamente dos riesgos —unidad de acción—, pero divergen en varios aspectos: cuando menos, (1) en el caso en cuestión el comportamiento del autor origina un riesgo «dolosamente» abarcado que podría producir el resultado de no ser por la consumación anticipada del otro y, en cambio, en los casos de preterintencionalidad el riesgo «dolosamente» abarcado nunca se refiere al «resultado más grave»; y (2) en el caso en cuestión, ambos riesgos —el doloso y el no dolosamente abarcado— se refieren a «un mismo resultado» y, en cambio, en los supuestos de preterintencionalidad, ambos riesgos se refieren a «resultados diversos (el más grave y el menos grave».

(63) Ver, por todos, MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, 3. ed. (1990), pp. 308 ss., y los autores allí citados.