

## Aproximación al problema del denominado “*dolus generalis*”

Ángel J. Sanz Morán

Universidad de Valladolid

### **Abstract**

*Se ofrece una sucinta reconstrucción histórico-dogmática de la teoría del “dolus generalis”, indicando los argumentos invocados en relación a cada una de las soluciones propuestas y concluyendo con un intento de reconstrucción del problema que atienda también a la perspectiva de la separación entre unidad y pluralidad de delitos.*

*Der vorliegende Beitrag stellt eine geschichtlich-dogmatische Rekonstruktion der Lehre des „dolus generalis“ dar. Dabei werden die erörterten Argumente thematisiert, die zur Unterstützung der bis heute vorgeschlagenen Lösungen formuliert worden sind. Anschließend wird der Versuch unternommen, das Problem derart zu rekonstruieren, dass die Perspektive der Trennung zwischen Einheit und Vielfältigkeit von Straftaten in Betracht gezogen werden kann.*

*We present a brief study of the theory of dolus generalis through a historical and dogmatic approach, paying attention to the different solutions provided. Finally, we defend a proposal to solve this problem based on the distinction between unity and plurality of crimes.*

*Titel: Annäherung an die Problematik des sog. „dolus generalis“.*

*Title: Approach to the Problem of the So-called “Dolus Generalis”.*

*Palabras clave: “dolus generalis”, dolo, error, imputación objetiva, concurso de delitos.*

*Stichworte: „dolus generalis”, Vorsatz, Irrtum, objektive Zurechnung, Konkurrenz von Straftaten.*

*Keywords: “dolus generalis”, intent, mistake, objective imputation, concurrent crimes.*

### **Sumario**

- 1. Introducción**
- 2. Apunte histórico dogmático**
- 3. Caracterización de las soluciones propuestas y de su fundamentación**
  - 3.1. Introducción**
  - 3.2. Solución de la consumación**
  - 3.3. Solución de la tentativa**
  - 3.4. Soluciones intermedias o diferenciadas**
  - 3.5. Recapitulación**
- 4. Reflexión final**
- 5. Bibliografía**

## 1. Introducción

La categoría dogmática convencionalmente denominada “*dolus generalis*” apunta, como es notorio, a un problema que viene siendo objeto de discusión desde hace casi dos centurias sin que, pese a las múltiples y razonadas propuestas de solución, se haya llegado a un acuerdo. De ahí la necesidad de seguir reflexionando sobre esta materia, en cuyo esclarecimiento se ven involucradas – y en ello reside, ante todo, su importancia dogmática – cuestiones nucleares de la teoría del delito. Es por ello que, sin perjuicio de que expresemos también, al final de esta contribución, nuestro planteamiento al respecto, nos interesa fundamentalmente ofrecer una reconsideración de los argumentos recurrentes en la discusión. Ciertamente, la intensidad de ésta ha remitido en los últimos años, no obstante lo cual, algunas recientes publicaciones en español evidencian que el debate dista de estar cerrado<sup>1</sup>.

Apenas es preciso recordar, por otra parte, que el término “*dolus generalis*” se utiliza sólo para caracterizar una específica constelación de supuestos, como los que evocaremos a continuación, sin que ello suponga admitir – cosa que, como veremos, apenas se defiende hoy – una forma particular de dolo caracterizada por la extensión del dolo originario a acciones posteriores en las cuales ya no está presente<sup>2</sup>. De ahí que, pese a que la expresión resulte hoy inadecuada, sigue recurriéndose de manera convencional a ella, como lo hacemos también aquí<sup>3</sup>.

Recordemos la clase de constelaciones a las que se refiere la expresión “*dolus generalis*” y que, como apunta ROXIN, “se dan con mucha frecuencia, a pesar de que a primera vista podrían parecer construidas”<sup>4</sup>. El caso posiblemente más citado por los autores alemanes<sup>5</sup> es el denominado “caso de la fosa de abono líquido” („*Jauchegrubenfall*”), de 1960 (BGH 14, 193 ss.), en el que la acusada tapa la boca a la víctima con dos puñados de arena para impedir que grite y, entendiendo que la víctima, inconsciente, había muerto, la arroja a un colector de estiércol líquido, donde la víctima

<sup>1</sup> Nos referimos fundamentalmente al libro titulado *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, publicado en Buenos Aires en 2002, que recoge dos trabajos de ROXIN («Reflexiones sobre el “dolus generalis”») y SANCINETTI («“Dolus generalis” y “suerte penal”»), traducciones de dos trabajos en alemán de los autores («Gedanken zum „Dolus Generalis”» y «„Dolus generalis” und „strafrechtliches Glück”», respectivamente; vid. bibliografía), completados con un Prólogo de SANCINETTI y un Epílogo a cargo de ROXIN, además de un interesante apéndice jurisprudencial. Citaremos en adelante los trabajos por la versión española. Cabe destacar, por otra parte, en la más reciente doctrina española, la contribución de ALONSO ÁLAMO, «Notas para un tratamiento diferenciado del mal llamado *dolus generalis*», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 53-61.

<sup>2</sup> Muy claro a este respecto, BAUMANN, *AT*, 8ª ed., 1977, p. 406: “No es su dolo general, sino que nuestra valoración de su dolo es generalizadora, prescindiéndose de la exigencia de exactas representaciones singulares sobre el curso causal concreto. La mayor parte de las veces lo general no es una propiedad del saber y querer, sino la forma de nuestra valoración”.

<sup>3</sup> En relación al problema terminológico implicado, cfr. sólo, en la literatura más reciente, SOWADA, «Der umgekehrte „dolus generalis”: Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Problem der subjektiven Zurechnung», *JURA*, 2004, p. 815.

<sup>4</sup> Véase ROXIN, «Reflexiones sobre el “dolus generalis”», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, p. 15.

<sup>5</sup> Véase, por todos, ROXIN, «Reflexiones sobre el “dolus generalis”», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 39-40 (y allí, la nota 55). Según HETTINGER, quien analiza detenidamente el supuesto, “cualquier estudiante” (obviamente, se refiere a los alemanes) lo conoce. Véase HETTINGER, «Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines „Irrtums über den Kausalverlauf”?», *FS-Spendel*, 1992, pp. 237 ss.

fallece. Es decir, la acción dolosa inicial (en el caso mencionado, con dolo eventual) no produce la muerte, sino que ésta se debe a una segunda acción dirigida a ocultar un supuesto cadáver<sup>6</sup>.

Pero incluso en un ámbito jurídico-penal tan distinto del nuestro, como lo es el anglosajón, han tenido ocasión de pronunciarse los Tribunales con motivo de supuestos análogos. Cita, en este sentido, NINO, los casos "Thabo Meli" (de 1954) y "Church" (de 1956). En el primero de ellos, los procesados golpean en la cabeza a la víctima con intención de matarla y, creyendo haberlo hecho, la arrojan desde una colina para que parezca un accidente. En el segundo, el sujeto activo del hecho golpea a una mujer hasta dejarla inconsciente y, seguidamente, la arroja a un río, donde muere ahogada<sup>7</sup>.

Y también nuestros Tribunales se han enfrentado en diversas ocasiones a constelaciones de *dolus generalis*. Limitándonos al Tribunal Supremo<sup>8</sup>, cabe mencionar en las últimas décadas las siguientes sentencias. En primer lugar, la de 14 de noviembre de 1980: el acusado aprieta fuertemente el cuello a la víctima, cayendo ésta sin sentido; creyéndola aquél muerta, le anuda un cable de televisión al cuello para simular un suicidio, causando su muerte por asfixia. En la de 20 de enero de 1982, la procesada, creyendo ahogado al hijo que quiere matar, lo saca de la bañera, todavía vivo, cayéndosele al suelo y falleciendo por el golpe. Y, en fecha más reciente, la sentencia de 18 de noviembre de 2008 se refiere a un supuesto en el que los autores estrangulan a la víctima con una cuerda y, para deshacerse de lo que creen un cadáver, le colocan una bolsa de plástico rodeando la cabeza y despeñan a continuación el cuerpo por un acantilado, sin que pueda constatarse con absoluta certeza la causa y momento de la muerte.

Fuera de nuestra consideración van a quedar, salvo alguna referencia incidental, los casos convencionalmente conocidos como "consumación anticipada" o "*dolus generalis* invertido", que muchos autores abordan de manera conjunta con los del *dolus generalis*. Paradigmático al respecto es un supuesto, de 1939, de la jurisprudencia alemana<sup>9</sup>: el sujeto activo golpea a la víctima con la intención de, una vez inconsciente, arrojarla al paso de un tren; la víctima fallece ya con los golpes infligidos. Y, en fechas mucho más cercanas, se ha enfrentado la jurisprudencia alemana a otros dos casos objeto específico de estudio de la doctrina más reciente<sup>10</sup>. En el primero de ellos, el autor

---

<sup>6</sup> Cfr. los ejemplos jurisprudenciales citados por ROXIN, «Reflexiones sobre el "dolus generalis"», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, 2002, p. 29, en todos los cuales la muerte no se produce por la primera acción (dolosa), sino por una segunda dirigida a ocultar el (supuesto) cadáver: enterrarlo, arrojarlo a una letrina, colgarlo para simular un suicidio, etc.

<sup>7</sup> Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, pp. 129-130 (y allí, la nota 26) y 404-405. Se hace eco también de estas referencias SANCINETTI, «"Dolus generalis" y "suerte penal"», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, 2002, p. 55 (y allí, la nota 15), añadiendo otros casos resueltos por Tribunales alemanes, españoles y argentinos.

<sup>8</sup> CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 1998, pp. 138-139, recoge una sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, en relación a unos hechos acaecidos en 1962, donde los autores, creyendo muerta a la víctima de sus golpes, la cuelgan para simular un suicidio. Y ÁLVAREZ GARCÍA, «Homicidio», en EL MISMO (dir.), *PE I*, 2ª ed., 2011, pp. 58-59, reseña la SAP La Coruña (Sección 6ª), de 10.04.2003, que se ocupa con el caso de dos sujetos que, creyendo haber dado muerte a un tercero con repetidos golpes en la cabeza, prenden fuego al supuesto cadáver.

<sup>9</sup> Se trata de la sentencia RG DStR 1939, 177 ss., ampliamente recogida no sólo en las contribuciones monográficas, sino también en las obras generales alemanas. Véase, por todos, SOWADA, *JURA*, 2004, p. 816 (y allí, la nota 34, donde se hace eco de otros casos posteriores de la jurisprudencia alemana).

<sup>10</sup> Se trata de las sentencias BGH NStZ 2002, 309 y BGH NStZ 2002, 475. Véase, por todos, el minucioso análisis de ROXIN, «Zur Erfolgzurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf», *GA*, 2003, pp. 257-268, y la réplica de

pretende dejar a la víctima incapaz de resistir, para trasladarla posteriormente a un lugar situado a unos 100 kilómetros, donde tiene planeado matarla; la víctima, sin embargo, fallece con los actos iniciales (atarla, amordazarla y narcotizarla) dirigidos a su inmovilización. En el segundo, los acusados golpean y oprimen el cuello de la víctima para dejarla sin sentido con la intención de inyectarle posteriormente aire en una vena del brazo y causarle así la muerte; ésta, sin embargo, se produce ya con los golpes iniciales.

Estos supuestos tienen en común con los del *dolus generalis* el hecho de que el autor pretende producir un determinado resultado típico (la muerte, en los supuestos indicados) y éste se produce mediante un curso causal que no coincide con el que el sujeto se representó; pero en los casos del *dolus generalis*, la primera acción, dirigida a matar, no mata, resultado que se produce por una segunda acción; mientras que en los de consumación anticipada es la primera acción, no dirigida a la producción del resultado, la que lo causa. Pese a esta proximidad estructural entre las dos hipótesis, evidenciada incluso en la terminología utilizada para la segunda de ellas (“*dolus generalis* invertido” o “al revés”), ésta va a quedar, como hemos indicado, fuera de consideración en lo que sigue<sup>11</sup>.

## 2. Apunte histórico dogmático

Como es notorio, fue Heinrich Benedikt VON WEBER el primero en utilizar, en 1825, la locución “*dolus generalis*” en relación a supuestos como los mencionados en el apartado precedente; en concreto, alude este autor al caso convencional del sujeto que arroja al agua a quien cree erróneamente haber matado, pereciendo ahogada la víctima<sup>12</sup>. Como oportunamente nos recuerda MAIWALD, la expresión “*dolus generalis*” es utilizada, con plena consciencia, por V. WEBER en un sentido diverso al convencional en la doctrina del Derecho común. Así, “por ejemplo, en CARPZOV el *dolus generalis* era expresión de la imputación también a título de dolo de un resultado mortal producido en el contexto de una agresión dirigida sólo a lesionar, sin voluntad homicida”; esto es, la “clásica plasmación del *versari in re illicita*”. Y a comienzos del siglo XIX, la misma locución, “*dolus generalis*”, cobra sentidos muy diversos. Mayoritariamente se rechaza, desde las nuevas concepciones del dolo, el sentido en que la utilizaba CARPZOV y pasa a entenderse ahora, por muchos autores, como un “dolo alternativo”, en el sentido de que abarca las posibles consecuencias reconocidas de una acción (“por ejemplo, el autor dispara a su perseguidor y se representa que

---

WOLTER, «Zum umgekehrten dolus generalis. Subjektive Zurechnung eines beendeten (tauglichen) Versuchs bei objektiver Zurechnung der Vollendung», *GA*, 2006, pp. 406-411.

<sup>11</sup> Para el análisis de la denominada “consumación anticipada” destaquemos sólo, en nuestra doctrina penal, BALDÓ LAVILLA, «Sobre las desviaciones causales: “consumación anticipada” y “*dolus generalis*” (Comentario a la STS de 6 de junio de 1994, Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)», *ADPCP*, (48), 1995, pp. 339-360; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, 1994, pp. 84 ss.

<sup>12</sup> Véase V. WEBER, «Über die verschiedenen Arten des Dolus», *NACrimR*, (7), 1825, pp. 565 y 576 ss. Para el significado de la aportación de V. WEBER y la discusión suscitada véase, especialmente, HETTINGER, *FS-Spendel*, 1992, p. 239 (y allí, la nota 9, donde recoge la recepción inmediata en la doctrina y en la legislación del planteamiento de V. WEBER); MAIWALD, «Der „dolus generalis“. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung», *ZStW*, (78), 1966, pp. 31 ss.; y Hellmuth MAYER, «Das Problem des sogenannten dolus generalis», *JZ*, 1956, p. 110, quien indica, de manera expresiva, que “la controversia sólo puede entenderse en clave histórica” (*ibidem*). Tanto este autor (*op. cit.*, p. 110, y allí, la nota 6) como MAIWALD (*op. cit.*, p. 30, y allí, la nota 1) sitúan el origen de la discusión en el denominado “caso Tarnow”, de 1798.

puede herirle o matarle”). Así pues, v. WEBER se separaría —siempre según MAIWALD— de una y otra comprensión. El dolo no será “general” “en el sentido de que el autor ni siquiera necesite representarse el resultado que se le imputa (Carpzov), ni tampoco en el de que se reconozca éste sólo como uno de los varios que pueden acaecer (Grolman, Wächter, Feuerbach)”, sino que designa “la síntesis de las singulares acciones que producen como resultado conjunto el delito en la totalidad de una tendencia volitiva unitaria”<sup>13</sup>.

Ciertamente, la concepción del dolo que se convierte en dominante cuando escribe v. WEBER exige que el autor sólo pueda ser penado por un hecho doloso cuando haya causado conscientemente mediante su acción precisamente el resultado sobrevenido; pero —nos recuerda Hellmuth MAYER— seguía siendo radicalmente ajeno al sentimiento jurídico<sup>14</sup> extraer de ahí la consecuencia de no calificar de dolosa la muerte realmente querida, pero producida por una acción no consciente posterior a la acción homicida dolosa. De modo que la propuesta de v. WEBER tendría a su favor (siempre según H. MAYER) que permitía conservar ciertas ventajas de la teoría del “*dolus indirectus*”, lo que explica su amplia recepción en la doctrina, praxis e incluso a nivel legislativo hasta la mitad del siglo XIX<sup>15</sup>.

Ello comportaba, sin embargo, un concepto de dolo difícilmente asumible, en cuanto que llevaba a considerar la segunda acción (por ejemplo, deshacerse del supuesto cadáver, en los ejemplos convencionales) como una conducta llevada a cabo con dolo homicida. De ahí que algunos autores, en los años centrales del siglo XIX, buscaran una vía diversa de fundamentar la solución de la consumación. Destaca, en este sentido, el planteamiento de VON BURI, quien desplaza el acento al plano causal del problema, entendiendo, de acuerdo con la teoría de la condición —defendida e impulsada, como es notorio, por este mismo autor—, que la muerte finalmente sobrevenida es el resultado “causado” por la acción (dolosa) inicial<sup>16</sup>. De manera precisa resume MAIWALD el modo en que la jurisprudencia hará suyo este punto de vista: “Existe una acción que fue causal para la muerte y esta acción iba acompañada de dolo homicida; de ahí se sigue para el *Reichsgericht* la responsabilidad por un delito doloso consumado”<sup>17</sup>.

No obstante, la tesis de la tentativa, que estaba ya presente desde un primer momento en el debate —incluso se opone explícitamente a ella v. WEBER— va a encontrar impulso definitivo en una importante contribución publicada sólo un año después de esta de v. BURI a que acabamos de aludir. Su autor, GEYER, tratará de mostrar “que el supuesto *dolus generalis* es una construcción teórica insostenible, que ni ha existido ni puede existir en la realidad” y que “junto al *dolus*

<sup>13</sup> Véase MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, pp. 31-32. El entrecomillado final se toma de v. WEBER, *NACrimR*, (7), 1825, p. 577. Para el origen histórico, en la Baja Edad Media, de la locución “*dolus generalis*” y su evolución posterior, pasando por CARPZOV y sus seguidores, hasta el cambio experimentado con la Ilustración, véase SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1973, pp. 110, 117 ss., 128 ss.

<sup>14</sup> El mismo v. WEBER, *NACrimR*, (7), 1825, p. 577, califica la tesis que niega la imputación del resultado mortal a título de dolo como “sutilezas que contradicen la sana comprensión del hombre común y por ello ponen en peligro el prestigio de la Administración de Justicia”.

<sup>15</sup> Véase Hellmuth MAYER, *JZ*, 1956, p. 110.

<sup>16</sup> Véase v. BURI, «Zur Lehre von der Tödtung», *GA*, 1864, pp. 3-10. Ulteriores referencias en MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, pp. 32 ss.

<sup>17</sup> Véase MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, p. 33.

*subsequens*, el *dolus indirectus* y la *praesumptio doli* deben relegarse al gabinete de las antigüedades criminalistas”<sup>18</sup>.

Así pues, al comenzar el último tercio del siglo XIX están ya planteadas las líneas fundamentales del debate y desarrollados algunos de los argumentos centrales esgrimidos a favor de las distintas soluciones propuestas. Veamos con mayor detenimiento el sentido de los mismos.

### 3. Caracterización de las soluciones propuestas y de su fundamentación

#### 3.1. Introducción

Como acabamos de recordar, ya desde los inicios del debate las soluciones básicamente adoptadas son: o bien considerar que nos encontramos, en los casos que venimos estudiando, ante un homicidio doloso consumado; o bien entender, por el contrario, que estamos ante una tentativa de homicidio (primera acción), concurrente con un homicidio imprudente (segunda acción) aunque, como veremos más adelante, la caracterización de la segunda acción suele ser objeto de ulteriores precisiones. Ahora bien, tanto a una como a la otra conclusión se llega desde planteamientos muy diversos. En palabras de HETTINGER, “apenas es posible incluso abarcar los argumentos aducidos *pro et contra* desde finales del siglo XVIII”<sup>19</sup>.

Pese a ello, trataremos de mostrar, en las páginas que siguen, las vías argumentales más transitadas a favor de cada una de estas soluciones básicas para apuntar, a continuación, a algunas soluciones diferenciadas dignas de consideración, todo ello con la concisión exigible a una contribución de estas características, lo que se reflejará también en las referencias bibliográficas, limitadas a algunos trabajos particularmente significativos.

Antes de nada, conviene, sin embargo, recordar la existencia de acuerdo básico en relación a algún extremo. Así, en primer lugar, ya no se defiende –lo apuntábamos al comienzo de esta contribución– la existencia de una clase específica de “dolo”, el “*dolus generalis*”, en los términos planteados por V. WEBER. De ahí el convencional recurso, por parte de quienes se ocupan con esta materia, a locuciones como “denominado” (*sogennante*), etc.<sup>20</sup> Resulta, por ello, muy llamativo que en la STS de 21 de noviembre de 2008, de la que nos hacíamos eco al comienzo de esta contribución, se aluda a “una prolongación del inicial dolo de muerte”, o al hecho de que “la segunda acción y la tercera en su caso estarían comprendidas por el dolo genérico de matar, que perduró de forma sostenida”. Afirmaciones ambas que evocan de manera inequívoca el planteamiento, hoy superado, del autor que acabamos de mencionar.

---

<sup>18</sup> Véase GEYER, «Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang», GA, 1865, pp. 239-246 y 313-323 (los pasajes entrecomillados en el texto, en pp. 239 y 243, respectivamente). Ulteriores referencias en Hellmuth MAYER, JZ, 1956, p. 110, quien llegará a decir que este trabajo supone el golpe de gracia para la construcción del “*dolus generalis*” en los términos propuestos por V. WEBER.

<sup>19</sup> Véase HETTINGER, FS-Spendel, 1992, p. 246.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, los títulos de las contribuciones de ALONSO ÁLAMO (LH-Rodríguez Mourullo, 2005) o HETTINGER (FS-Spendel, 1992).

Reina también acuerdo, por otra parte, en caracterizar sin problema alguno como homicidio doloso consumado aquellos supuestos en los que la segunda de las acciones en cuestión se lleva a cabo también con dolo (incluso eventual), como sucede en este ejemplo propuesto por JAKOBS: “el autor dispara una vez más a la cabeza de la víctima, que yace en el suelo a causa de disparos anteriores, a la que por estos mismos supone muerta, a fin de descartar cualquier posibilidad de que sobreviva; sólo el último disparo mata a la víctima”<sup>21</sup>.

### 3.2. Solución de la consumación

De acuerdo con la precisa caracterización de MAIWALD<sup>22</sup>, a la solución del homicidio consumado –que él rechaza– se llegaría fundamentalmente desde tres argumentos:

a) Solución de la acción: entender que estamos ante una única acción y, por ende, ante un único hecho doloso. Bien porque, en la dirección propuesta por v. WEBER, se entienda que sobre los dos actos singulares se extiende el dolo del autor, bien porque, admitiendo el carácter no doloso del segundo acto, se concluya sin embargo la existencia de un único homicidio doloso desde la conexión entre las acciones.

b) Solución de la causalidad. Como veíamos anteriormente, sería v. BURI el más significado defensor de este punto de vista que argumenta a favor de la existencia de un solo homicidio doloso, en los casos a que nos venimos refiriendo, con el carácter causal (en el sentido de la teoría de la condición) de la primera acción, inequívocamente dolosa, para la producción del resultado final.

c) Solución de la adecuación. Este criterio, dominante en la doctrina alemana (y que –siempre según MAIWALD– se deriva del anterior) entiende que en los supuestos que denominamos “*dolus generalis*” nos encontramos ante una desviación meramente inesencial entre el curso causal que se representó el sujeto y el realmente acaecido: “será suficiente que el autor tenga una representación del curso causal que se corresponda, en lo esencial, con el real. Siendo decisivo para determinar el carácter esencial o no de la desviación la previsibilidad del resultado de acuerdo con la experiencia general de la vida –esto es, un juicio de adecuación–”<sup>23</sup>.

Pese a lo problemático que resulta distinguir entre desviaciones “esenciales” e “inesenciales” del curso causal<sup>24</sup>, este último criterio, seguido, como acabamos de señalar, por el *Bundesgerichtshof* alemán, ha encontrado también amplio eco en la doctrina de aquel país<sup>25</sup>. Algunos defensores de

<sup>21</sup> Véase JAKOBS, *PG*, 1995, p. 363.

<sup>22</sup> Véase MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, pp. 31 ss., con ulteriores referencias.

<sup>23</sup> Véase MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, pp. 33-34.

<sup>24</sup> Véase, por todos, la precisa síntesis de PRITZWITZ, «Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung», *GA*, 1983, pp. 110-135 o, en nuestra doctrina penal, entre otros autores, GÓMEZ BENÍTEZ, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid*, 1994, pp. 91-101; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, «Desviaciones del curso causal e imputación objetiva: algunas consideraciones», *AP*, (44), 1997, pp. 1005-1033; y SILVA SÁNCHEZ, «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», *ADPCP*, (37), 1984, pp. 347-386.

<sup>25</sup> Véase sólo, entre los tratadistas más significativos del pasado siglo, v. LISZT, *Tratado*, t. II, 3ª ed., s. f., p. 420, señalando que lo más frecuente será, en los supuestos de “*dolus generalis*”, que el curso causal sólo difiera de la representación del autor en puntos que no son esenciales. Y, más recientemente, BAUMANN, *AT*, 8ª ed., 1977, pp. 405



esta solución de la consumación apelan incluso de manera expresa a la idea de “adecuación” en el sentido destacado por MAIWALD<sup>26</sup>. Por otra parte, apenas es necesario mencionar que estos planteamientos “causalistas” han experimentado modificaciones con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, de modo que los más recientes defensores de la tesis de la consumación argumentan ahora en el sentido de que la muerte supone concreción del riesgo creado (dolosamente) con la acción inicial; esto es, se daría “conexión de riesgo” (*Risikozusammenhang*) entre la primera acción y el resultado finalmente sobrevenido: éste es objetivamente imputable a aquella<sup>27</sup>.

Los aducidos por MAIWALD no son, sin embargo, los únicos argumentos que intentan fundamentar la tesis de la consumación. Recordemos someramente algunos otros. Ya en el siglo XIX se ocupa críticamente GEYER con la tesis de quienes recurren al expediente de la denominada *actio libera in causa* para imputar el resultado finalmente sobrevenido a la acción dolosa inicial<sup>28</sup>. Pese a ello, el argumento es retomado en el siglo XX por Hellmuth MAYER, quien habla del “autor doloso que usa conscientemente su posterior actuar no libre previsto por él como medio para la producción del resultado prohibido”, lo que le lleva a considerar el segundo acto “como mera consecuencia causal de la acción dolosa y, por ende, como causa intermedia del resultado”<sup>29</sup>.

Se entiende además, por algunos autores, que la tesis de la consumación satisface mejor las exigencias de justicia, si pensamos en el tratamiento jurídico injustificadamente privilegiado al que conduce la tesis de la tentativa: castigo por homicidio doloso consumado en el primer caso, frente a la concurrencia, en el segundo, de una tentativa de homicidio, eventualmente en concurso con un homicidio imprudente consumado<sup>30</sup>.

---

ss. Ambos autores rechazan expresamente la existencia de un “dolo general” en el sentido propuesto por V. WEBER. Cfr. además, entre otros muchos autores, HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: eine Einführung für Anfangssemester*, 1980, p. 205: “Lo correcto es examinar si la desviación es esencial, lo que de ordinario habrá que negar”.

<sup>26</sup> Véase, entre otros autores, PUPPE, «§ 16», NK, t. 1, 2ª ed., 2005, nm. 81, argumentando con el carácter “causal” de la primera acción para la producción del resultado; y STRATENWERTH, AT I, 3ª ed., 1981, pp. 102 ss. A partir de la 4ª ed., del año 2000 (pp. 134 ss.), pasa a plantearlo como un problema de imputación objetiva, pero manteniendo básicamente la misma solución.

<sup>27</sup> En este sentido, entre otros autores, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 1982, p. 100 (aunque se refiere también —p. 104— al carácter inesencial de la desviación del curso causal); y SOWADA, *JURA*, 2004, p. 815, distinguiendo entre imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto e imputación de aquél a título de dolo.

<sup>28</sup> Véase GEYER, GA, 1865, pp. 242-243.

<sup>29</sup> Véase Hellmuth MAYER, JZ, 1956, pp. 110-111. Apela, por otra parte, este autor, a la semejanza estructural entre la *actio libera in causa* y la autoría mediata. También JESCHECK, Lb, 4ª ed., 1988, p. 282, entiende que “los casos en los que el autor se convierte de manera inconsciente en instrumento de la consumación de su hecho entran perfectamente en el ámbito de la imputación objetiva”. También así en JESCHECK/WEIGEND, PG, 2002, p. 337. Entiende, por el contrario, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*, 1992, p. 98, que, a diferencia de lo que ocurre en la *actio libera in causa*, en la estructura del *dolus generalis* no existe una conexión psicológica entre las dos fases; mientras en la *actio libera in causa* el plan del autor abarca todo el hecho, en el *dolus generalis* el plan del autor se agota en la primera fase. Crítico con esta apelación tanto a la *actio libera in causa* como a la autoría mediata, en el sentido propuesto por H. MAYER, MAIWALD, ZStW, (78), 1966, pp. 51 ss.

<sup>30</sup> En este sentido se manifiesta, por ejemplo, JESCHECK, Lb, 4ª ed., 1988, p. 282 (= PG, 2002, p. 337 nota 29); o, en nuestra doctrina, MUÑOZ CONDE, PG, 20ª ed., 2015, p. 32: “Con la aplicación de las reglas del concurso se podrá castigar más levemente que apreciando un solo delito”. Entiende, sin embargo, GROPP, AT, 1998, p. 144, que este trato privilegiado responde al principio de que el azar —en el *dolus generalis*, la suerte de no haber causado el resultado con la primera acción— no puede tomarse en consideración a cargo del autor pero sí a su favor.

Un argumento que se repite –como veíamos antes, ya desde V. WEBER– a favor de la consideración de un solo homicidio consumado es el de que esta solución coincide con la que demanda el sano sentido común, frente a la artificiosidad que supone la calificación por separado de las dos partes del suceso global. Y ello lo reconocen incluso algunos de los autores que propugnan esta última solución<sup>31</sup>.

Cabría, finalmente, defender la solución de la consumación desde la perspectiva de la separación entre unidad y pluralidad de delitos, concluyendo la existencia de un único delito, bien por entender que nos encontramos ante una “unidad natural de acción”, bien considerando la segunda parte del suceso global como un “hecho posterior copenado”<sup>32</sup>. Volveremos más adelante sobre este planteamiento.

Las críticas a esta solución de entender presente un único homicidio doloso consumado son de muy diversa índole. Aduce HETTINGER, en primer lugar, la ausencia de una verdadera argumentación por parte de sus defensores<sup>33</sup>, para denunciar a continuación que éstos incurrirían en una especie de “fraude de etiquetas”: rechazan la arcaica construcción de un “*dolus generalis*”, pero garantizando el mismo resultado a través de una teoría de la desviación construida *ad hoc*. “Visto así –concluye este autor–, el *versari in re illicita*, el *dolus indirectus* y el *dolus generalis* sólo se han dejado de lado en lo que se refiere a su pretensión fundamentadora”<sup>34</sup>. E insisten sobre todo los defensores de la teoría de la tentativa en que sus oponentes acaban obviando por completo el dato terminante de que la acción que realmente mata se lleva a cabo sin dolo homicida<sup>35</sup>. Y otro argumento aducido con mucha frecuencia en contra de la teoría de la consumación es, en fin, su carácter moralizante, más propio de un Derecho penal de la *Gesinnung* que de otro fundado en el principio del hecho. En palabras de KÖHLER, en lugar de una adecuada imputación jurídica entra en consideración el hecho moral de la de la actitud (*Gesinnung*) injusta manifiesta: el querer producir la muerte de otro, y su valoración negativa<sup>36</sup>. Únicamente atendiendo a la actitud (*Gesinnung*) del autor –añade MAIWALD– puede considerarse indiferente que la muerte de la víctima se haya producido con la agresión inicial o sólo al arrojar posteriormente su cuerpo al agua, en el ejemplo convencional<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, MAURACH, *Tratado*, t. I, 1962, p. 346: “Es, sin embargo, indudable, que esta solución (*scil.* la de la tentativa) no satisface el sentimiento jurídico”. La observación desaparece en ediciones posteriores.

<sup>32</sup> Plantean –y rechazan– esta posibilidad de fundamentar la solución de la consumación autores como HETTINGER, *FS-Spendel*, 1992, p. 249; JEROUSCHECK/KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», *JuS*, 2001, pp. 422 ss.; o MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, pp. 35 ss.

<sup>33</sup> Véase HETTINGER, *FS-Spendel*, 1992, p. 248: “Es cierto que la doctrina dominante ha desarrollado algunos modelos para explicar la punibilidad por delito consumado, pero en realidad no los fundamenta”.

<sup>34</sup> Véase HETTINGER, *FS-Spendel*, 1992, p. 251; KÖHLER, «La imputación subjetiva: estado de la cuestión», en ROXIN *et al.*, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra)*, 2000, pp. 69-90, habla irónicamente de la “fórmula mágica” de la “desviación inesencial del curso causal” (p. 88).

<sup>35</sup> En este sentido, por todos, MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, pp. 34-35.

<sup>36</sup> Véase KÖHLER, «Der Begriff der Zurechnung», *FS-Hirsch*, 1999, p. 80; EL MISMO, «La imputación subjetiva: estado de la cuestión», en ROXIN *et al.*, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra)*, 2000, p. 89; EL MISMO, *AT*, 1997, p. 154, donde añade que la sanción de la mera *Gesinnung* es especialmente perceptible en aquellos casos en los que tras una lesión solamente intentada únicamente un comportamiento no doloso añadido a continuación conduce a la realización típica, como sucede en el “*Jauchegrubenfall*”, donde al calificar el hecho como homicidio doloso consumado, se trata a su autora como si, habiendo reconocido la mera situación de inconsciencia de la víctima, la hubiera ahogado conscientemente (*ibidem*, nota 56).

<sup>37</sup> Véase MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, p. 35.

### 3.3. Solución de la tentativa

Se trata del punto de vista quizás dominante en las últimas décadas – aunque ya fue sostenido con notable consistencia en el siglo XIX por autores como GEYER, según veíamos más arriba –, debido, fundamentalmente, a la mayor pureza dogmática que, en principio, comporta. En efecto, el argumento central reiterado por sus defensores es el de la necesidad de congruencia o simultaneidad entre tipo objetivo y subjetivo: la muerte, en los supuestos convencionales que nos ocupan, se imputaría objetivamente de manera exclusiva a la última acción, en la que no concurre dolo homicida; ¡nadie puede querer matar a alguien que piensa que es ya un cadáver! De modo que en modo alguno cabe hablar de homicidio doloso consumado. La acción inicial, animada por el dolo homicida, no llega a producir el resultado mortal, por lo que sólo puede ser calificada como homicidio intentado<sup>38</sup>.

Por lo general, quienes defienden la solución de la tentativa, lo hacen saliendo al paso de los argumentos aducidos por sus oponentes, en los términos apuntados anteriormente. Así, de manera particular, niegan la imputación objetiva de la muerte a la acción inicial, por entender que este resultado final no es concreción del riesgo creado por la mencionada acción, sino de un riesgo distinto: el introducido por la segunda acción, rompiéndose así la “conexión de riesgo” exigible para la imputación objetiva<sup>39</sup>. Expresado en otros términos: estaríamos, sí, ante una desviación del curso causal, pero de carácter esencial; y ello pese a que – como indicábamos anteriormente – algunos de los defensores de esta solución de la tentativa reconocen la posible injusticia de los resultados a los que llegan<sup>40</sup>. E insisten por otra parte los defensores de la tesis de la tentativa – como también hemos destacado más arriba – en el carácter moralizante, expresivo de un Derecho penal de la *Gesinnung*, que supone calificar el homicidio como consumado sólo porque existió en origen una voluntad homicida y fue, precisamente, la muerte de la víctima el resultado finalmente sobrevenido, al margen de cualquier consideración ulterior relativa al curso concreto de los acontecimientos.

Y aunque hemos indicado que dejábamos fuera de nuestro estudio los supuestos de “consumación anticipada”, no está de más señalar que uno de los más significados defensores, en los últimos años, de la solución de la tentativa en los supuestos de *dolus generalis* destaca cómo, mientras que

<sup>38</sup> Entre los monografistas a los que venimos prestando atención, defienden inequívocamente la solución de la tentativa HETTINGER (*FS-Spendel*, 1992), MAIWALD (*ZStW*, (78), 1966) o SANCINETTI («“Dolus generalis” y “suerte penal”», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002). Muy clara la consideración del principio de simultaneidad en este contexto en HRUSCHKA, «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellung», *JuS*, 1982, pp. 317-325 (especialmente, pp. 319-320); y, EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, pp. 25 ss. Sobre este principio de simultaneidad o coincidencia cfr., además, en fecha más reciente, JEROUSCHECK/KÖLBEL, *JuS*, 2001, *passim* (para el *dolus generalis*, especialmente, pp. 422 ss.)

<sup>39</sup> Así, entre otros autores, FREUND, *AT*, 1998, p. 264; y FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 620 ss. Y, en la doctrina penal española, CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 1998, pp. 138 ss.; Díez RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 194; GRACIA MARTÍN, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. I, 1997, pp. 59-60; LUZÓN PEÑA, «Dolus generalis», en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, 1995, pp. 2589-2592; EL MISMO, *Lecciones*, 3ª ed., 2016, pp. 245-247; MAQUEDA/LAURENZO, *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, 3ª ed., 2011, pp. 79-80.

<sup>40</sup> En este sentido, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, pp. 714-715, añadiendo que, pese a ello, es la “única solución dogmáticamente correcta”. Así también en EL MISMO/MAPELLI CAFFARENA, *Curso*, 3ª ed., 2015, pp. 98-99.

los partidarios de la tesis de la consumación normalmente ofrecen idéntica solución (homicidio doloso consumado) y argumentos (desviación inesencial del curso causal) para los casos de “consumación anticipada”, quienes, por el contrario, sostienen para el *dolus generalis* la solución de la tentativa, se apoyan ante todo en la falta de realización del riesgo creado por la primera acción en el resultado finalmente sobrevenido (muerte), acudiendo, sin embargo, a una argumentación de signo diverso (ausencia de verdadero dolo en la acción inicial que, anticipadamente, mata) para las hipótesis de “consumación anticipada”<sup>41</sup>.

Por lo demás, los defensores, en los supuestos de *dolus generalis*, de la solución de la tentativa, se ven obligados a caracterizar de manera separada la segunda acción y a determinar la índole de su relación con la primera. En efecto, puesto que la muerte no puede ser imputada a la acción inicial (dolosa), ésta sólo puede calificarse como tentativa de homicidio. Ahora bien, ello no significa que, de manera automática, deba valorarse la muerte como culposamente producida a consecuencia de la segunda acción, pues ello dependerá de la concurrencia de los elementos característicos de esta forma de realización típica. Esto fue señalado ya por GEYER<sup>42</sup>, si bien, como ha destacado MAIWALD, fue PFOTENHAUER quien, en una fecha tan temprana como 1839, acertara a formular el problema central de esta segunda fase de los supuestos caracterizados como *dolus generalis*: “el mandato a dirigir al delincuente animado con ideas asesinas rezaría así: cuando quieras matar a otro y creas haberlo matado, antes de emprender una segunda acción dirigida en principio a ocultar tu hecho, pero en cualquier caso idónea, según su naturaleza, para matar, tendrás que averiguar con exactitud si la muerte ya ha acaecido o no, porque podrías alcanzar tu meta sólo mediante esta segunda acción”<sup>43</sup>.

Y una vez caracterizada esta segunda fase del denominado “*dolus generalis*” como un homicidio imprudente consumado, habrá que determinar su relación con la fase inicial, inclinándose la mayor parte de quienes defienden esta solución de la tentativa por entender que nos encontramos ante un concurso real de delitos<sup>44</sup>.

### 3.4. Soluciones intermedias o diferenciadas

Siguiendo la clara exposición de SANCINETTI, cabe mencionar, entre las distintas formulaciones intermedias, al menos estas tres<sup>45</sup>:

En primer lugar, el punto de vista de WELZEL, quien defiende con carácter general la solución de la consumación, salvo que la voluntad de deshacerse de la víctima se conciba sólo tras la supuesta muerte, en cuyo caso se inclina por admitir un concurso real entre tentativa de homicidio (doloso)

<sup>41</sup> Véanse, a este respecto, las interesantes observaciones de SANCINETTI, «“Dolus generalis” y “suerte penal”», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 52-54.

<sup>42</sup> Véase GEYER, *GA*, 1865, p. 314, quien aclara que puede suceder que la muerte se deba al mero azar y la imputación a título de culpa exige que las consecuencias de la conducta descuidada no se sitúen fuera del ámbito de lo probable.

<sup>43</sup> Véase PFOTENHAUER, *Der Einfluß des factischen Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen*, t. II, 1839, p. 132, nota 88. Lamentablemente, no hemos podido consultar esta obra; tomamos la referencia de MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, p. 55.

<sup>44</sup> En este sentido, entre otros autores, HRUSCHKA, *JuS*, 1982, p. 319; o MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, p. 58: “sólo viene en consideración aquí la forma de concurso real”.

<sup>45</sup> Véase, para lo que sigue, SANCINETTI, «“Dolus generalis” y “suerte penal”», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 58 ss.

y homicidio imprudente. Es decir, lo decisivo es el dato de si ya desde el momento inicial había previsto el sujeto la realización de la segunda acción<sup>46</sup>.

Recordemos, en segundo lugar, el planteamiento de SCHROEDER, para quien “lo decisivo no es el grado de separación entre el curso real y el que el sujeto se representó, sino la concreta aptitud de la acción, conocida por el autor, para producir el resultado”, pues “objeto del dolo y la imprudencia no es el curso causal en sus líneas esenciales, sino la concreta idoneidad de la acción para la producción del resultado”<sup>47</sup>. Aplicando este planteamiento al problema del *dolus generalis*, concluye SCHROEDER que “si la primera acción era idónea en concreto para la producción del resultado; es decir, la víctima ya estaba mortalmente herida”, la anticipación de la muerte por la inmersión posterior no puede excluir el dolo. “Al contrario, si la primera acción no era en concreto idónea para el resultado, falta el dolo”<sup>48</sup>.

Y cabe mencionar, finalmente, el planteamiento de ROXIN, cuya solución diferenciadora ha suscitado viva controversia, lo que nos obliga a detenernos algo más en ella. En palabras de este significado penalista, “para la cuestión relativa a si el resultado de la segunda acción ha de ser imputado al dolo del autor y de este modo afirmar un hecho consumado, lo que interesa ante todo es si el autor en la primera acción tenía la *intención* de matar a su víctima, o si actuó sin esa intención, es decir, por lo regular: con dolo eventual respecto del resultado de homicidio”. Diferenciación que se apoyaría, siempre según ROXIN, en la idea básica de que un resultado es producido dolosamente cuando en él se realiza el plan del autor<sup>49</sup>. Criterio que es objeto a continuación de la siguiente puntualización. Esta matizada solución de la consumación defendida por ROXIN supone “que el autor haya actuado con intención homicida no revocada”. Y pone el siguiente ejemplo. No cabe hablar de homicidio consumado “cuando el autor, si bien estuvo guiado en el primer acto por el objetivo de matar a la víctima, abandona este propósito después de que el agredido yace inerte y realiza intentos de reanimación que considera infructuosos y, ahora sí, se deshace del supuesto cadáver produciendo la muerte (...): el segundo acto ya no puede ser considerado la realización

<sup>46</sup> Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª ed., 1969, p. 74. Encontramos un planteamiento próximo en autores como STERNBERG-LIEBEN, «§ 15», *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, nm. 58: “Lo decisivo es sólo el juicio de adecuación así como la realización del peligro creado por la acción. De ahí que exista por lo general un hecho doloso consumado si el autor estaba decidido de antemano a ejecutar la segunda acción. Sucederá, sin embargo, de ordinario otra cosa si el autor se decide a deshacerse del cadáver sólo tras la conclusión de la primera acción, llevada a cabo con dolo homicida”. Semejante, STRATENWERTH, *AT I*, 3ª ed., 1981, p. 102: “(...) dependerá de si el curso real era o no previsible en el momento de la primera acción, animada por el dolo, y ello tendrá que ser afirmado sin reservas cuando el autor, desde el principio, tenía la intención de cometer el segundo acto que más tarde llega a ser causante inmediato del resultado”. Como apuntábamos arriba (nota 26), en la 4ª ed., del año 2000 (pp. 136-137), aunque considera ahora el problema desde la perspectiva de la imputación objetiva, llega a una solución próxima: lo decisivo será si el resultado ulteriormente acaecido es reconducible a uno de esos riesgos creados con la acción inicial dolosa entre los que se encuentra no sólo el peligro para la vida que resulta naturalmente de la acción lesiva, sino también el peligro derivado de la acción ulterior de deshacerse del cuerpo que estará presente, de manera particular, cuando la segunda acción está planeada de antemano, con independencia de que deba llevarla a cabo el mismo sujeto u otro.

<sup>47</sup> Véase Friedrich-Christian SCHROEDER, «§ 16», *LK*, 11ª ed., 1994, nm. 29.

<sup>48</sup> Véase F.-Ch. SCHROEDER, «§ 16», *LK*, 11ª ed., 1994, nm. 31.

<sup>49</sup> Véase ROXIN, «Reflexiones sobre el “*dolus generalis*”», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “*dolus generalis*”*, 2002, p. 33. Véase también, EL MISMO, *AT I*, 4ª ed., 2006, pp. 522 ss.: “para la imputación al dolo, aun cuando se haya colmado el tipo objetivo de un delito de homicidio, habrá que diferenciar todavía según que quien actúa persiguiera la muerte de la víctima o sólo la hubiera admitido mal que bien como consecuencia adicional” (p. 523) (= *PG I*, 1997, p. 499).

del plan del autor cuando éste, en el ínterin, fue revocado por esfuerzos de desistimiento (aunque fueran infructuosos)”<sup>50</sup>.

Pese a reconocer ROXIN la proximidad entre su punto de vista y el de las teorías diferenciadoras que acabamos de mencionar<sup>51</sup>, insiste, no obstante, en aquello que las diferenciaría. Las coincidencias, en lo que se refiere al resultado, con el planteamiento de WELZEL, se deberían a que quien obra en la primera acción con intención homicida tendrá previsto de antemano cómo deshacerse del cadáver, mientras que quien emprende aquella sólo con dolo eventual respecto al resultado mortal normalmente no se ha planteado qué hacer con dicho cadáver. Pero puede que no sea así en el caso concreto y en tal supuesto resulta confundente atenerse al momento de la decisión de deshacerse del cadáver, pues “ni la previsibilidad del segundo acto depende en general de si ya estaba planeado con la primera acción, ni se presenta el segundo acto como la realización de la acción creada por el primero sólo cuando estaba planeado de antemano”<sup>52</sup>. Y tras exponer el planteamiento de SCHROEDER, se limita a replicar que “en concreto, es idónea para producir el resultado toda acción que pone en marcha un proceso causal adecuado; sólo puede ser decisivo si se da todavía un curso causal previsible dentro del plan del autor”<sup>53</sup>.

Esta propuesta de ROXIN ha encontrado, sin embargo, amplia contestación en la doctrina. No podemos abordar un estudio particularizado de las distintas objeciones opuestas a su solución al problema que nos ocupa, que cabría reconducir a estas dos más recurrentes<sup>54</sup>. En primer lugar, y expresándolo con palabras de PUPPE –quien, como hemos indicado, sostiene también en último término la tesis de la consumación–, “no pueden elevarse las exigencias a la imputación a título de dolo debido a que el autor ha actuado sólo con dolo eventual y no con intención”<sup>55</sup>. Y es que, al menos de *lege lata*, la calificación de un hecho como doloso se lleva a cabo sea cuál fuere la clase de dolo con que se actúe: ¿Qué sucedería –pregunta CEREZO MIR– si la primera acción se lleva a cabo con dolo de consecuencias necesarias?<sup>56</sup> A ello opone ROXIN el argumento político-criminal del menor merecimiento de pena de los casos de dolo eventual frente a aquellos en los que concurre la “intención” (*Absicht*) de causar el resultado típico, así como el dato de que el propio legislador alemán, en numerosos supuestos, “castiga sólo la realización del resultado que se ha llevado a cabo con ‘intención’ o, al menos, con dolo directo (‘a sabiendas’), excluyendo el dolo eventual”<sup>57</sup>. Y, de manera más general, se objeta a ROXIN que la imputación de un resultado no puede hacerse

<sup>50</sup> Véase ROXIN, «Reflexiones sobre el “dolus generalis”», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, 2002, pp. 40-41; y EL MISMO, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 524 (= *PG I*, 1997, p. 500).

<sup>51</sup> E incluso, en su contribución al *FS-Würtenberger* (véase bibliografía), destaca el núcleo de razón que asistía a V. WEBER, impulsor, como veíamos más arriba, del debate que nos ocupa. Véase ROXIN, «Reflexiones sobre el “dolus generalis”», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 44-45.

<sup>52</sup> Véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 525 (= *PG I*, 1997, p. 501).

<sup>53</sup> Véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 526 (= *PG I*, 1997, p. 502).

<sup>54</sup> Véase, de manera particular, HETTINGER, «Notiz zum „dolus generalis”», *GA*, 2006, pp. 289-294; PRITTWITZ, *GA*, 1983, pp. 114 y ss.; y SANCINETTI, «“Dolus generalis” y “suerte penal”», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 61 ss. Cfr. además, entre otros autores, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (48), 1995, p. 344; CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 1998, pp. 139-140 (y allí, la nota 74); JEROUSCHECK/KÖLBEL, *JuS*, 2001, p. 422; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, 1994, pp. 84 ss.; PUPPE, «§ 16», *NK*, t. 1, 2ª ed., 2005, nm. 83; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (37), 1984, pp. 378-379.

<sup>55</sup> Véase PUPPE, «§ 16», *NK*, t. 1, 2ª ed., 2005, nm. 83.

<sup>56</sup> Véase CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 1998, pp. 139-140 (y allí, la nota 74).

<sup>57</sup> Véase ROXIN, «Epílogo», en el MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, p. 80.

depender de los “planes”, “metas”, “deseos”, etc. del sujeto activo pues, además de la imprecisión inherente a estos términos, se correría el riesgo de incurrir en un Derecho penal de la *Gesinnung*. Lo que excluye, a su vez, ROXIN, indicando que, en los casos que nos ocupan, se trata siempre de la intención dirigida “a una lesión concreta del bien jurídico”; más aún, si lo analizamos en clave de conexión de riesgos, “la intención dirigida al resultado, justamente por su dirección hacia esa meta, contendrá un mayor riesgo que un dolo eventual”<sup>58</sup>.

Hasta aquí, en apretada síntesis, el planteamiento de ROXIN y las objeciones opuestas al mismo. Pero no debemos cerrar este apartado de soluciones intermedias o diferenciadoras, sin una referencia, siquiera somera, a algunas propuestas formuladas, en esta misma dirección, en nuestra doctrina penal. Así, BALDÓ LAVILLA defiende la solución de la tentativa, pero “siempre que la segunda acción origine un ‘nuevo’ riesgo, ‘distinto’ del que crea la primera acción”; en cambio, “si el segundo acto se limita a continuar desarrollando una ‘clase de riesgo’ que ya se originó con el primer acto y si este riesgo era abarcado dolosamente, nada impide que el autor responda por el delito doloso consumado”. Postula, por tanto, en expresión propia, “una solución diferenciadora de la tentativa orientada al análisis de los riesgos típicos”<sup>59</sup>. Y en la última aportación monográfica – por parte de la doctrina española – sobre este particular, apunta ALONSO ÁLAMO a una solución diferenciadora que parte de determinar si los “dos actos que estructuralmente conforman el fenómeno” constituyen “una única acción o dos acciones”. En el primer caso, cabe todavía distinguir entre supuestos que constituyen un único delito consumado, cuando “lo realizado ya en el primer acto encierra un peligro potencial, jurídicamente desaprobado, para el bien jurídico”, sin que la desviación introducida por el segundo acto comporte “la ruptura de la relación de riesgo entre la acción y el resultado”, no excluyéndose así la imputación objetiva y siempre que, además, el sujeto conozca la relación de riesgo. De no darse estas condiciones, estaremos ante un concurso ideal de delitos. Y habrá, siempre según ALONSO ÁLAMO, un concurso real de delitos cuando nos encontremos ante una pluralidad de acciones<sup>60</sup>. Volveremos sobre esta propuesta al final de nuestra contribución.

### 3.5. Recapitulación

Recordábamos al comienzo de esta contribución como la categoría convencionalmente denominada “*dolus generalis*” involucra cuestiones nucleares de la teoría del delito. La rápida caracterización, que acabamos de exponer, de las soluciones más significativas propuestas en la doctrina nos ofrece cumplida muestra de ello. Aparece implicado, en primer lugar, el tipo objetivo y, de manera particular, la imputación objetiva del resultado finalmente sobrevenido (la muerte,

<sup>58</sup> Véase ROXIN, «Epílogo», en el MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 80-81.

<sup>59</sup> Véase BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (48), 1995, p. 345. Próximo a él, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *AP*, (44), 1997, p. 1025. Cabe reseñar la afinidad entre el planteamiento de estos autores y el de JAKOBS, *PG*, 1995, p. 364: “No obstante, el resultado no es imputable a título de dolo cuando el riesgo del primer acto queda desplazado por un nuevo riesgo creado a través del segundo acto. El riesgo creado dolosamente no se realiza, y el riesgo realizado no se crea dolosamente” Próximo a éste último autor, SANCINETTI, «“Dolus generalis” y “suerte penal”», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, pp. 64 ss. (p. 69). Duda, por el contrario, ROXIN, «Epílogo», en el MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, de que esta distinción “entre la realización del ‘primer riesgo’ y aquella de un ‘segundo riesgo’ distinto e independiente sea realizable en la práctica y esté justificada teleológicamente” (p. 81).

<sup>60</sup> Véase ALONSO ÁLAMO, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 59 ss.

en los ejemplos convencionales) a la acción inicial del sujeto, bien se plantee la cuestión en los términos tradicionales de las teorías causales (adecuación o no de dicha acción para la producción de esa muerte), bien se recurra a alguno de los *topoi* utilizados en el contexto de la teoría de la imputación objetiva (si la muerte puede o no considerarse concreción del riesgo creado por la acción inicial). Pasando ya al plano del tipo subjetivo, nos enfrentamos con el problema de la necesaria congruencia entre dolo y tipo objetivo, con la eventual aparición de discordancias (calificadas valorativamente como “esenciales” o “inesenciales”) entre el curso de los hechos que se representa el sujeto y lo que realmente acaece.

Como hemos visto, la mayor parte de las propuestas se centran en estos aspectos nucleares de la teoría del delito. Pero no se agota con ello el elenco de argumentos utilizados. Así, de manera casi telegráfica, hemos visto que se apela también a razones de justicia o, mejor expresado, de merecimiento de pena, que se satisfaría mejor con la solución de la consumación; o el posible carácter moralizante –evocador de un Derecho penal de la *Gesinnung*–, que lastraría esta misma solución que, por otra parte –y ello se admite ampliamente–, se corresponde con el sentimiento jurídico general. En alguna ocasión se ha apelado –aunque hoy en menor medida– a la similitud estructural del denominado “*dolus generalis*” con otras categorías dogmáticas como la autoría mediata o la *actio libera in causa*. Además, en alguna de las que hemos calificado como “soluciones intermedias” se añaden matices diferenciados como la exigencia de un momento subjetivo específico en la primera acción (dolo directo frente a dolo eventual, previsión inicial o no de llevar a cabo la segunda acción). Finalmente, algunos planteamientos introducen en el debate el complejo problema de la existencia de unidad o pluralidad de acciones o de delitos.

Baste con esta somera recapitulación que pretende simplemente ilustrar sobre la importancia central de las cuestiones concernidas en la solución del problema que aquí nos ocupa. Resultaría, por lo demás, pretencioso –y, con seguridad, fallido– el intento de añadir nuevos argumentos o proponer respuestas innovadoras a una materia sobre la que la doctrina penal lleva unos dos siglos discutiendo. Ello no obstante, cerraremos esta contribución con una breve reflexión en torno a aquellos datos que estimamos relevantes para adoptar una decisión debidamente fundada.

#### 4. Reflexión final

Lo primero que conviene recordar, con ROXIN, es que en este tipo de “problemas no resueltos”, al que “pertenece también el tratamiento correcto del llamado *dolus generalis*”, ante dos soluciones divergentes, no siempre debemos concluir “que sea falsa una de ellas. Pues partiendo de premisas distintas, se pueden desarrollar diversas soluciones en sí correctas”<sup>61</sup>.

Con esta importante reserva, vamos a intentar precisar cuáles son los datos más significativos a considerar a la hora de optar por una u otra solución. Siguiendo la precisa caracterización que

---

<sup>61</sup> Véase ROXIN, «Epílogo», en el MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, p. 77, quien añade a continuación: “En muchos casos, empero, la lucha, necesaria entonces, sobre las premisas, no proporciona ningún juicio unívoco de ‘correcto’ o ‘falso’, sino que desemboca en una ponderación de los argumentos. En general, esta ponderación no brinda conclusiones forzosas, sino tan sólo un más o menos de plausibilidad” (p. 77).



ofrece SOWADA<sup>62</sup>, debemos separar aquí dos niveles de análisis: en primer lugar, el de si el resultado finalmente producido (la muerte en los ejemplos convencionales) es objetivamente imputable a la acción inicial y, en segundo lugar, si lo es, además, a título de dolo. Habrá que convenir, con este autor, que “la causalidad de la primera acción no puede ponerse en duda”, pues, en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non*, “si el sujeto no hubiera llevado a cabo esta primera acción, ejecutada con dolo homicida, no hubiera existido siquiera ocasión para la segunda acción”, luego no cabe suprimir mentalmente aquel primer acto sin que desaparezca el resultado. Resulta más problemático determinar si ese resultado, “causado” por la primera acción, es también “objetivamente imputable a la misma”: ésta comporta, sin duda, la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, por lo que la discusión se centra en si la muerte supone la realización del peligro creado por aquella acción inicial. También en relación a esto, la respuesta de SOWADA es afirmativa, pues “aparece comprendido en el marco de lo generalmente previsible que un sujeto (sin especial formación médica) confunda en la situación concreta la mera falta de conocimiento de la víctima con su muerte y sólo a través de la (supuesta) acción de deshacerse de ese cuerpo – tampoco ajena a la experiencia de la vida – mate a la víctima”. De ahí que resulte plausible – concluye este autor – “contemplar el acaecimiento de la muerte, ya en consideración a la primera acción, como ‘injusto’ (de homicidio)” y no como simple “accidente”<sup>63</sup>. Y en línea próxima argumentan quienes –siguiendo alguna de las soluciones diferenciadoras antes expuestas– apelan al “plan del autor” o a la intención, en el momento de emprender la primera acción, de llevar a cabo la segunda. En tal sentido, replica ROXIN a la tesis –sostenida entre otros por SANCINETTI– de que la muerte (en los ejemplos convencionales) no es realización del riesgo de partida sino de otro riesgo, que “esta construcción de dos riesgos diversos no convence”, pues (en la construcción de ROXIN) la imputación a título de delito doloso consumado comporta “que la posible muerte por medio del segundo acto sea en todo caso previsible de antemano. Ahora bien, si el riesgo no permitido del segundo acto está ya contenido en el primer acto, no se entiende bien por qué en el resultado final no se trata de la realización del primer riesgo, sino sólo de la de un riesgo completamente distinto”<sup>64</sup>.

Pasamos al plano del tipo subjetivo. Esto es – en palabras nuevamente de SOWADA –, “si la muerte de la víctima es (subjetivamente) imputable a quien actúa como resultado *dolosamente* producido”<sup>65</sup>. Hemos visto que la jurisprudencia alemana y una parte de la doctrina de aquel país no ve problema alguno, entendiendo que estaríamos aquí ante una “desviación inesencial”

<sup>62</sup> Cfr. para lo que sigue, SOWADA, *JURA*, 2004, pp. 814 ss.

<sup>63</sup> Véase SOWADA, *JURA*, 2004, p. 815. Más problemático resulta el argumento adicional ofrecido por este autor: “si el acto de ocultar el cuerpo lo lleva a cabo un tercero que erróneamente considera muerta a la víctima se excluye la punibilidad por imprudencia del primer actuante en relación al segundo hecho más próximo al resultado; sin embargo parece dudoso que el primer sujeto, en caso de posible intervención de terceros se libre de toda responsabilidad por la muerte de la víctima. Pero una punición por imprudencia referida al primero que interviene implica la afirmación de la imputación objetiva, que también se dará (con más razón) si es el primer actuante quien, desconociendo la situación por él creada, la lleva a término por sí mismo” (pp. 815-816).

<sup>64</sup> Véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 525. También en el EL MISMO, «Epílogo», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, 2002, donde añade (p. 81) que “me parece dudoso que la distinción que propicia SANCINETTI entre la realización del ‘primer riesgo’ y aquella de un ‘segundo riesgo’ distinto e independiente sea realizable en la práctica y esté justificada teleológicamente”. Recuérdese como BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (48), 1995, pp. 344-345, pone el acento, en su solución diferenciadora, en el dato de que la segunda acción origine o no un riesgo distinto del que crea la primera acción.

<sup>65</sup> Véase SOWADA, *JURA*, 2004, p. 816 (cursiva allí).

respecto del curso causal que se representó el sujeto: si bien es cierto que el dolo del autor tiene que abarcar el curso causal, es suficiente, sin embargo, con que el sujeto se represente la vinculación entre acción y resultado en sus trazos esenciales, “un conocimiento exacto de la auténtica relación causal no sería posible y no cabría por ello exigirlo”<sup>66</sup>. Y también vimos cuál es el argumento central opuesto a este planteamiento: quebraría con ello el principio de congruencia que exige que el dolo concorra “en el momento del hecho”; de modo que en la hipótesis que estamos considerando la acción que realmente mata se lleva a cabo sin dolo homicida. De nuevo sale al paso ROXIN de esta objeción entendiendo que el dolo no necesita estar presente “durante todo el suceso, sino sólo en el momento en que el sujeto abandona el control del curso causal. En el *dolus generalis* se imputa al sujeto la muerte de la víctima como consecuencia adecuada de una primera acción abarcada por el dolo; y eso basta también para la imputación al dolo, en cuanto que el resultado se sigue presentando como realización del plan del sujeto”<sup>67</sup>.

Situados así los términos de la discusión, resulta particularmente sugerente la observación de SOWADA, en el sentido de que “la divergencia de opiniones reside ante todo en que los defensores de la teoría de la consumación se apoyan preferentemente en el elemento volitivo del dolo presente en la primera acción, considerando innecesario un exacto conocimiento del peligro que lleva a la muerte, mientras que quienes propugnan la solución de la tentativa fijan claramente exigencias más estrictas al reclamar un ‘dolo congruente’ y exigir, para la afirmación del momento cognitivo del dolo, que la representación del sujeto se refiera exactamente (también) a aquel aspecto del riesgo que, en último término, produce realmente la muerte de la víctima”<sup>68</sup>. En suma, a la opción por una u otra tesis no le sería ajena la decisión previa en el sentido de acentuar el momento cognitivo o el voluntativo del dolo, cuestión en la que, obviamente, no podemos detenernos aquí.

Resumidos así los términos del debate, asiste la razón a BALDÓ cuando observa que quienes defienden la solución de la consumación objetan, en último término, a los partidarios de la solución de la tentativa, “que el tratamiento de las desviaciones causales no es una cuestión de lógica, sino de valoración – político criminal o de otro tipo –”; mientras que, a la inversa, los defensores de la tesis de la tentativa piensan que sus oponentes practican una “especie de decisionismo”, concluyendo el mismo BALDÓ –de cuya solución diferenciadora nos hacíamos eco más arriba– que “la solución de estos casos (...) siempre implica, al final, un cierto grado de decisionismo”<sup>69</sup>.

El mismo enfoque que hemos dado al anterior resumen pone ya de manifiesto nuestra inclinación (no exenta, obviamente, de dudas) por la solución de entender presente, en los casos que nos ocupan, un único delito doloso consumado. En acertada caracterización de PETERS –quien también rechaza, sin embargo, la confundente expresión “*dolus generalis*” – “el suceso global, desde el comienzo de la acción hasta el resultado, comporta una unidad de sentido” (*Sinneinheit*)<sup>70</sup>. Como

<sup>66</sup> Así también SOWADA, *JURA*, 2004, p. 816.

<sup>67</sup> Véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 524 (*PG I*, 1997, p. 501).

<sup>68</sup> Véase SOWADA, *JURA*, 2004, p. 816.

<sup>69</sup> Véase BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (48), 1995, pp. 344-345.

<sup>70</sup> Véase PETERS, «Mehrere Schüsse bei einer Tötung», *GA*, 1958, pp. 97-107 (p. 101). Añade a continuación este autor que dicha síntesis resulta obligada “pues el sujeto ha perseguido el resultado y ha hecho todo lo necesario de modo que en la producción de la muerte persiste como mínimo esta disposición homicida. En estas circunstancias, la desviación efectiva frente a la imagen que se representó el sujeto carece de relevancia para el juicio jurídico penal y moral de injusto y culpabilidad” (p. 101)

confirmación de este planteamiento vamos a añadir un argumento al que hemos hecho alguna alusión incidental y que tiene que ver con el problema de la separación entre unidad y pluralidad de delitos.

Como indicábamos más arriba, no se discute la existencia de *un único delito* de homicidio doloso consumado en el caso de que la segunda acción, en los ejemplos de partida, se lleve a cabo con dolo eventual<sup>71</sup>. ¿Cómo se explica, entonces, que si esto último no sucede, pasemos a hablar de *dos delitos*: un homicidio doloso en grado de tentativa y (en su caso) un homicidio imprudente consumado? Topamos así, necesariamente, con el controvertido problema de la separación entre infracción singular y pluralidad de delitos: el “arte de contar los delitos”, en afortunada expresión de Max Ernst MAYER<sup>72</sup>.

Como hemos desarrollado en otros lugares<sup>73</sup>, la existencia de una infracción única, pese a que en principio pudiera parecer otra cosa, puede concluirse desde distintas vías, reconducibles todas ellas a un pensamiento común: basta con la simple aplicación de un tipo penal y la sanción conminada al supuesto fáctico allí previsto para colmar el total desvalor del hecho. Lo contrario supondría una mácula al principio *non bis in idem*<sup>74</sup>. De los diversos supuestos que, en aplicación de este criterio básico, cabe reconducir a la categoría de “delito único”, vienen aquí en consideración, de manera particular, el concurso aparente de normas penales – admitido hoy, de modo general, que puede darse con pluralidad de hechos – y la denominada (impropiamente) “unidad natural de acción”<sup>75</sup>, pues ambas categorías han sido aducidas, de manera ocasional, en el debate en torno a la solución adecuada para las hipótesis del denominado “*dolus generalis*”, tal y como veíamos más arriba.

Así, por ejemplo, HETTINGER, partidario – como ya indicamos – de la solución de la tentativa, reconoce expresamente que sus oponentes tendrían razón si en los casos convencionales pudiera partirse de una unidad natural de acción<sup>76</sup>. Y en términos semejantes se manifiesta MAIWALD, señalado monografista de esta última categoría<sup>77</sup>. Vamos a atenernos a la convencional comprensión de la “unidad natural de acción” en cuanto síntesis valorativa en una infracción única de una formal pluralidad delictiva homogénea, dados estos requisitos: estrecha relación espacial y temporal entre las distintas acciones, intensificación del injusto típico y culpabilidad unitaria o

---

<sup>71</sup> Apartado III.1, *in fine*, y allí el ejemplo de JAKOBS, *PG*, 1995, p. 363.

<sup>72</sup> Véase Max Ernst MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 194: “El arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar”.

<sup>73</sup> Véase sólo SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 111 ss.; y, más recientemente, EL MISMO, *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría del concurso en Derecho Penal*, 2012, pp. 11 ss.; en ambos casos, con ulteriores referencias.

<sup>74</sup> Para el significado central de este principio en orden a la separación entre unidad y pluralidad de delitos, sigue siendo fundamental la monografía de Ramón GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995.

<sup>75</sup> De la proximidad (y separación) entre ambos fenómenos se ocupa detenidamente Ramón GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, especialmente en pp. 50 ss., 120 ss. y 171 ss.

<sup>76</sup> Véase HETTINGER, *FS-Spendel*, 1992, p. 249. En sentido análogo, JEROUSCHECK/KÖLBEL, *JuS*, 2001, p. 423, quienes plantean también (y rechazan) la posible existencia de un “hecho posterior copenado” (*ibidem*).

<sup>77</sup> Véase MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, p. 36. La importante monografía de este autor aludida en el texto es: *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964.

idéntica situación motivacional<sup>78</sup>. Pues bien, los autores que acabamos de mencionar rechazan que pueda darse, en las hipótesis de *dolus generalis*, tal “unidad natural de acción”, apelando fundamentalmente a la ausencia de dolo en relación al segundo acto<sup>79</sup>.

Entendemos, sin embargo, que no es descartable la apreciación de una “unidad natural de acción” en las hipótesis de *dolus generalis*. No lo sería, en absoluto —ya hemos insistido en ello—, en los casos de progresión delictiva; esto es, cuando el segundo acto se lleva a cabo con dolo eventual (considerando, por tanto, la posibilidad de que la víctima siga viva). Pero lo mismo cabe afirmar en el resto de los supuestos si entendemos —en los términos propuestos por ROXIN, de que nos hacíamos eco más arriba— que el dolo no necesita estar presente durante todo el suceso, sino sólo en el momento que el sujeto abandona el control del curso causal<sup>80</sup>. En el sentido de la construcción que estamos considerando, no cabe duda de que los sucesivos actos, aún no siendo homogéneos, intensifican el injusto típico objetivo (se culmina el resultado mortal)<sup>81</sup>, persistiendo una idéntica situación de motivación; máxime si entendemos este requisito en el sentido que propusiera VON BAR, uno de los precursores de la actual categoría de “unidad natural de acción”: persistirá la unidad delictiva siempre que entre las diversas acciones no haya una “disuasión ética profunda” (*tiefgreifende ethische Abwägung*)<sup>82</sup>, expresión que cabe poner en relación con la idea roxiniana — antes expuesta — de que lo decisivo es que estemos ante una “intención homicida no revocada”<sup>83</sup>.

Pero más allá de la aplicabilidad o no de la categoría “unidad natural de acción” al caso examinado, nos interesa destacar aquí que en la separación entre unidad y pluralidad de delitos estamos, en último término, ante un problema no tanto lógico-formal cuanto valorativo, como se pone de manifiesto a la hora de determinar si existe una única infracción o más de un delito en algunas hipótesis de reiteración formal del tipo (“unidad natural de acción” y delito continuado) o en los denominados “hechos anteriores o posteriores copenados”, decisión en la que —como ya hemos indicado— juega un papel decisivo el principio *non bis in idem* en su sentido material (prohibición de la doble valoración de un dato incriminante). En este sentido, deben suscitar reservas aquellas soluciones al problema del denominado *dolus generalis* que conlleven una múltiple valoración de la existencia de una única víctima mortal.

<sup>78</sup> Véase SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 130-131, con ulteriores referencias. Distinguiendo entre las hipótesis de realización iterativa del tipo y aquellas otras de realización sucesiva o progresiva del tipo, GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, pp. 120 ss.

<sup>79</sup> Véase HETTINGER, *FS-Spendel*, 1992, p. 249; y MAIWALD, *ZStW*, (78), 1966, p. 36. Por cierto, en la argumentación de este último autor, se percibe claramente la preferente atención al momento cognitivo frente al voluntativo del dolo, en el sentido que destacábamos más arriba en el texto: “Cabe cuestionar si puede darse también una acción unitaria cuando alguno de los actos llevados a cabo lo son, ciertamente, aceptando el resultado, pero sin conciencia alguna de que tal resultado acaezca mediante ellos” (*ibidem*). Por su parte, JEROUSCHECK/KÖLBEL, *JuS*, 2001, p. 423, apelan (además) a la falta de la necesaria homogeneidad de los actos singulares en relación a la lesión del bien jurídico.

<sup>80</sup> Cfr. la referencia de la nota 67.

<sup>81</sup> Como recordábamos en SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 130-131, no habrá una simple lesión legal intensificada si, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existe más de una víctima. Pero en los casos de *dolus generalis* la víctima no varía. De ahí que la solución de la consumación en estas hipótesis no sea contradictoria con la generalmente admitida en los supuestos de *aberratio ictus*: concurso ideal de delitos; pues en el disparo dirigido a “A”, que alcanza a “B”, situado junto a él, aparecen afectados bienes jurídicos personalísimos de distintos titulares, dándose entonces una pluralidad de delitos (aquí, además, en inequívoca unidad de acción).

<sup>82</sup> Véase V. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. III, 1909, pp. 563-564.

<sup>83</sup> Cfr. la referencia de la nota 50.

El planteamiento que estamos defendiendo guarda alguna relación con el antes reseñado de ALONSO ÁLAMO<sup>84</sup>, pero con la diferencia fundamental de que esta autora —siguiendo en ello a la doctrina alemana dominante en materia concursal— parte de la existencia de una acción en sentido natural, en lugar de atender al número de realizaciones típicas, a la hora de “contar los delitos”, en el sentido de la expresión de M. E. MAYER, a la que antes aludíamos. Pero sobre el criterio metódico más adecuado a la hora de separar la unidad de la pluralidad de delitos, ya nos hemos extendido en otros lugares, en términos que no podemos reproducir aquí<sup>85</sup>.

Resta sólo una cuestión a considerar. La solución de la tentativa califica los supuestos de partida como homicidio en grado de tentativa en concurso real, en su caso, con homicidio imprudente consumado. Esta última calificación, como apuntábamos más arriba, dista sin embargo de ser incuestionable, pues deben concurrir en la producción del resultado mortal (imputable objetivamente a la segunda de las acciones, siempre según los partidarios de esta solución) todos los elementos configuradores de la responsabilidad por imprudencia; y de manera especial, la realización de una conducta discrepante de las exigencias objetivas de cuidado. Sucede aquí, sin embargo, lo mismo que ha sido ocasionalmente censurado en relación a la solución concursal en los supuestos del denominado “homicidio preterintencional”. Así, señala —siguiendo a ARTZ— en nuestra doctrina TORÍO LÓPEZ, en relación a esta última construcción: “la acción dolosa base no puede cumplir la doble función de definir las lesiones y simultáneamente proporcionar el desvalor de acción del homicidio culposo. Es contradictorio afirmar que una acción se realiza con el propósito de lesionar y también, simultáneamente, violando o infringiendo el cuidado necesario para evitar la muerte del lesionado. Entre ambas valoraciones media una incompatibilidad de principio”. Y añade más adelante: “Desde la perspectiva normativa (...) quiere ello decir que al sujeto que dolosamente trata de lesionar a otro se le está pidiendo jurídicamente que se comporte de modo objetivamente cuidadoso, diligente, para no producir su muerte”<sup>86</sup>. Argumento que —con todos los matices que se quiera— es trasladable al problema que nos ocupa, como lo pone de manifiesto el hecho de que, en fecha tan temprana como 1839, lo expresara en términos análogos PFOTENHAUER, tal como recogíamos más arriba<sup>87</sup>.

## 5. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO (2005), «Notas para un tratamiento diferenciado del mal llamado *dolus generalis*», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 53 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, «Homicidio», en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, t. 1, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 47 ss.

<sup>84</sup> Véase *supra*, apartado 3.4.

<sup>85</sup> Cfr. las referencias de la nota 73. En la doctrina española, siguen un planteamiento semejante, entre otros autores, GONZÁLEZ RUS, «Artículos 73 y 75 a 78», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, 2000, pp. 920 ss.; y SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, 2000, pp. 62 ss.

<sup>86</sup> Véase TORÍO LÓPEZ, «Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de *lege ferenda* sobre el homicidio preterintencional», *Rev. Fac. D. Univ. Granada*, (13), 1987, pp. 223-224.

<sup>87</sup> Véase *supra*, apartado 3.3 (y allí, la nota 43).

BALDÓ LAVILLA (1995), «Sobre las desviaciones causales: “consumación anticipada” y “dolus generalis” (Comentario a la STS de 6 de junio de 1994, Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (48) 1995.

V. BAR (1909), *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. III (*Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafrecht*), Guttentag, Berlín.

BAUMANN (1977), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, Giesecking, Bielefeld.

VON BURI (1864), «Zur Lehre von der Tödtung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 3 ss.

CEREZO MIR (1998), *Curso de Derecho Penal Español, Parte general*, t. II (*Teoría jurídica del delito/1*), 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA (2015), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS (2016), *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.) (1997), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia.

FREUND (1998), *Strafrecht Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, Springer, Berlín/Heidelberg.

FRISCH (1988), *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg.

Ramón GARCÍA ALBERO (1955), *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, CEDECS, Barcelona.

GEYER (1865), «Die Lehre vom *dolus generalis* und vom Kausalzusammenhang», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 239 ss.

GÓMEZ BENÍTEZ (1994), «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en GIMBERNAT ORDEIG/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, pp. 91 ss.

GONZÁLEZ RUS (2000), «Artículos 73 y 75 a 78», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, EDERSA, Madrid, pp. 903 ss.

GROPP (1998), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heidelberg.

HAFT (1980), *Strafrecht. Allgemeiner Teil: eine Einführung für Anfangssemester*, C. H. Beck, München.

HETTINGER (2006), «Notiz zum „dolus generalis“», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 289 ss.

————— (1992), «Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines „Irrtums über den Kausalverlauf“?», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 237 ss.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

————— (1982), «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellung», *Juristische Schulung*, pp. 317 ss.

JAKOBS (1995), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (trad. J. Cuello Contreras/J. L. Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid.

JEROUSCHECK/KÖLBEL (2001), «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», *Juristische Schulung*, pp. 417 ss.

JESCHECK (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot (= *Tratado de Derecho Penal. Parte general* [trad. por M. Olmedo Cardenete], 2002, Comares, Granada) (citado por esta última).

JOSHI JUBERT (1992), *La doctrina de la "actio libera in causa" en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona.

KÖHLER (2000), «La imputación subjetiva: estado de la cuestión» (trad. P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, pp. 69 ss.

————— (1999), «Der Begriff der Zurechnung», en WEIGEND/KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 65 ss.

————— (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heidelberg.

VON LISZT (1914), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 20ª ed., Guttentag, Berlín (= *Tratado de Derecho Penal* [trad. por L. Jiménez de Asúa], t. II, 3ª ed., s. f., Reus, Madrid) (citado por esta última).

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1995), «Dolus generalis», en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, pp. 2589 ss.

MAIWALD (1966), «Der „dolus generalis“. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78), pp. 30 ss.

- (1964), *Die natürliche Handlungseinheit*, Winter, Heidelberg.
- MAQUEDA/LAURENZO (2011), *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid.
- MAURACH (1962), *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de J. Córdoba Roda), Ariel, Barcelona.
- Hellmuth MAYER (1956), «Das Problem des sogenannten dolus generalis», *JuristenZeitung*, pp. 109 ss.
- Max Ernst MAYER (1915), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Winter, Heidelberg (= *Derecho Penal. Parte General* [trad. por S. Politoff Lifschitz], 2007, B de F, Montevideo/Buenos Aires) (se cita por esta última).
- MUÑOZ CONDE (2015), *Derecho Penal. Parte especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- NINO (1980), *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires.
- PETERS (1958), «Mehrere Schüsse bei einer Tötung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 97 ss.
- PFOTENHAUER (1839), *Der Einfluß des factischen Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen*, t. II (*Die vollendeten Verbrechen*), Reichenbach, Lipsia.
- PRITTWITZ (1983), «Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 110 ss.
- PUPPE (2005), «§ 16», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, t. 1, 2ª ed., Nomos, Baden Baden.
- ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I (*Grundlagen. Aufbau der Verbrechenlehre*), 4ª ed., C. H. Beck, Múnich (trad. de la 2ª ed. de 1994 por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, *Derecho Penal. Parte General*, t. I [*Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*], 1997, Civitas, Madrid).
- (2003), «Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 257 ss.
- (2002), «Epílogo», en EL MISMO/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, Hammurabi, Buenos Aires.
- (1977), «Gedanken zum „Dolus Generalis“», en HERREN (ed.), *Kultur, Kriminalität, Strafrecht: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 109 ss. (= «Reflexiones sobre el "dolus generalis"» [trad. por P. S. Ziffer], en



ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, 2002, Hammurabi, Buenos Aires) (citado por la versión española).

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE (1997), «Desviaciones del curso causal e imputación objetiva: algunas consideraciones», *Revista Actualidad Penal*, (44), pp. 1005 ss.

SANCINETTI (2002), «Prólogo», en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, Hammurabi, Buenos Aires.

————— (2001), «„Dolus generalis“ und „strafrechtliches Glück“», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 349 ss. (= «“Dolus generalis” y “suerte penal”» [trad. por M. Sancinetti], en ROXIN/SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, 2002, Hammurabi, Buenos Aires) (citado por la versión española).

SANZ MORÁN (2012), *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría del concurso en Derecho Penal*, Ubijus, México D. F.

————— (1986), *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

SCHAFFSTEIN (1973), *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, (reimpresión de la edición de 1930-1932), Scientia, Aalen.

SCHMIDHÄUSER (1982), *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Mohr, Tübinga.

Friedrich-Christian SCHROEDER (1994), en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

SILVA SÁNCHEZ (1984), «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37), pp. 347 ss.

SOWADA (2004), «Der umgekehrte „dolus generalis“: Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Problem der subjektiven Zurechnung», *Juristische Ausbildung*, pp. 814 ss.

STERNBERG-LIEBEN (2010), «§ 15», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., C. H. Beck, Múnich.

STRATENWERTH (1981), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I (*Die Straftat*), 3ª ed., Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich; 4ª ed. de 2000.

SUÁREZ LÓPEZ (2000), *El concurso real de delitos*, EDERSA, Madrid.

TORÍO LÓPEZ (1987), «Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de *lege ferenda* sobre el homicidio preterintencional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (13), pp. 215 ss.

VON WEBER (1825), «Über die verschiedenen Arten des Dolus», *Neues Archiv des Criminalrechts*, (7), pp. 549 ss.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strarecht: eine systematische Darstellung*, 11<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlín.

WOLTER (2003), «Zum umgekehrten dolus generalis. Subjektive Zurechnung eines beendeten (tauglichen) Versuchs bei objektiver Zurechnung der Vollendung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 406 ss.