

LO SUBJETIVO EN LA FUNDAMENTACIÓN Y EN LA EXCLUSIÓN DE LO INJUSTO*

ALICIA GIL GIL

Profesora titular de Derecho penal
UNED, Madrid

I. Introducción

Como es bien sabido el tratamiento de los elementos subjetivos ha recorrido un largo camino desde su primitiva ubicación en la culpabilidad a principios de siglo por una dogmática que intentaba delimitar la antijuridicidad de la culpabilidad mediante el contraste objetivo-subjetivo, pasando por su colocación en el tipo tras la reestructuración de la teoría jurídica del delito debida fundamentalmente al finalismo, y registrando en la actualidad diversos intentos de normativización o de objetivación, que van desde una primera eliminación de elementos volitivos, pasando a una imputación del dolo a partir de la constatación del conocimiento de determinados datos objetivos, para terminar por desaparecer totalmente en algunas posturas actuales, diluidos en procesos de objetivación y normativización que imputan incluso los elementos cognitivos a partir de determinados datos de la realidad¹.

La decisión sobre los elementos pertenecientes al tipo de lo injusto y al tipo de justificación deriva directamente de los conceptos de injusto y de norma que se manejen. Así, aquella primitiva relegación de los

* El presente artículo constituye mi contribución al Libro-Homenaje que se publicará próximamente en México DF en honor de Hans Welzel con motivo del 100... aniversario de su nacimiento.

¹ Entiendo que el hecho de prescindir de elementos volitivos en el dolo supone una primera normativización, aunque muy limitada puesto que el elemento intelectual sigue considerándose un verdadero elemento subjetivo. Sin embargo, como veremos, desde las posturas meramente cognitivas del dolo a una normativización absoluta del mismo hay sólo un pequeño paso que se ha dado ya por algunos autores en la actualidad.

elementos subjetivos a la culpabilidad se correspondía con un concepto causal de acción, una concepción meramente valorativa de la norma y la definición de lo injusto como la lesión o peligro de un bien jurídico, mientras que su reubicación en lo injusto era coherente con la concepción de las normas como normas de determinación y la concepción personal de lo injusto propias del finalismo. Por su parte, las modernas tendencias objetivadoras y normativadoras de estos elementos suelen suponer una nueva concepción objetiva de la antijuridicidad como creación de peligros o riesgos desaprobados, o bien, en la rama funcionalista-sistémica, entienden la antijuridicidad como defraudación de expectativas normativas y prescindiendo del contenido de las normas se centran en la concepción del delito como una teoría de la imputación.

Personalmente parto de la concepción de las normas como normas de determinación, y de una concepción de lo injusto que aúna desvalor de acción y desvalor de resultado, pudiendo el legislador en ocasiones castigar injustos parciales consistentes en un mero desvalor de acción². El delito es la infracción de una norma de determinación protectora de bienes jurídicos. Al tipo de lo injusto de los delitos dolosos pertenece la acción final, el resultado y la relación de causalidad entre ellos, a determinar según la teoría de la equivalencia de las condiciones³, cuando se trate de un delito de resultado, o sólo la acción final si se trata de un delito de mera actividad.

La doctrina clásica con su asignación de todos los elementos objetivos a lo injusto y todos los subjetivos a la culpabilidad fue cuestionada pronto por el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto, que ponían de manifiesto la imposibilidad de determinar lo injusto específico de numerosas figuras delictivas de un modo puramente objetivo⁴. Tras esta constatación vino la defensa de la pertenencia del dolo también al tipo de lo injusto que suele mantenerse con cuatro argumentos fundamentales: la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto que por una parte rompen aquella pretendida correlación objetivo-antijuridicidad / subjetivo-culpabilidad, y por otra parte, en la mayoría de los casos exigen para su propia constatación previamente la del dolo; el castigo de la tentativa, cuyo injusto no es comprensible (espe-

² CERZO, *Curso II*, pp. 154 y ss.

³ Este criterio me parece el más acorde con la elección de un concepto ontológico de acción, por ser también un concepto prejurídico —WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 43—. Las teorías de la causalidad adecuada y de la causa eficiente no son en realidad teorías de la causalidad, sino más bien criterios de imputación objetiva, al tratarse de criterios específicamente jurídicos cuyo fin es la reducción del tipo —CERZO, *Curso, II*, pp. 52 y ss.—.

⁴ CERZO *Curso II*, p. 120.

cialmente en la inacabada) sin tener en cuenta el elemento subjetivo; la presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas y la concepción de las normas como normas de determinación⁵. Personalmente considero determinantes los dos primeros y serán también los que nos sirvan para rechazar la moderna objetivización de los elementos subjetivos.

II. Lo subjetivo en la fundamentación de lo injusto.

Las posturas que paulatinamente han ido objetivando y normativizando los elementos subjetivos alcanzan grados muy distintos: se pueden limitar a la mera eliminación del elemento volitivo, lo que con frecuencia conlleva después el establecimiento de limitaciones al concepto meramente cognoscitivo del dolo que suponen la inclusión en el mismo de elementos normativos; pueden, en un paso más, caracterizar al dolo por la representación de un determinado grado o clase de peligro; y avanzando en la normativización se llega a prescindir de la valoración individual del peligro, subsistiendo como único dato subjetivo la representación de un peligro que se caracterizará como apropiado para fundamentar el dolo de manera meramente objetiva; y en el último paso hacia la normativización se puede prescindir de toda representación del sujeto e imputar el dolo a partir de la exclusiva concurrencia de determinados datos objetivos.

A. Contestación a los argumentos a favor de la normativización de los elementos subjetivos.

Las doctrinas modernas que pretenden objetivar lo injusto e incluso hacen desaparecer los elementos subjetivos como tales de la antijuridicidad normativizándolos, suelen partir de la concepción, aquí no compartida, de que el tipo del delito doloso y el del delito imprudente coinciden en la exigencia de la creación de un riesgo no permitido, o de peligros desaprobados⁶ y en la equiparación también aquí rechazada de las normas subyacentes a los delitos dolosos y a los imprudentes con la consiguiente afirmación de que las normas de conducta en que se basan

⁵ CEREZO, *Curso II*, pp. 123 a 129.

⁶ FRISCH, *Tipo...* p. 67 y pp. 95 y ss.; BACIGALUPO, *Principios...* 4^a, pp. 191-192. En la construcción de JAKOBS la imputación objetiva del comportamiento depende de la desviación de aquellas expectativas referidas al sujeto como portador de un rol —*La imputación objetiva*, pp. 20 y ss. y en el mismo sentido su discípulo LESCH, *Intervención*, p. 67—, lo que es lo mismo que decir que el riesgo no permitido es aquel que sobrepasa los límites del rol, aquel que sobrepasa las expectativas normativas asignadas a una determinada posición. De estas posiciones me ocuparé más adelante en el texto.

los tipos penales sólo se dirigen contra aquellas acciones que no se encuentran en el marco del riesgo permitido o que sobrepasan la medida de dicho riesgo⁷. Estas afirmaciones se derivan a su vez con frecuencia de determinadas conclusiones extraídas de la concepción de la norma como norma de determinación, que ya he rechazado en otro lugar⁸ como equivocadas, como la afirmación de que si la norma pretende motivar al ciudadano sólo pueden prohibirse con sentido aquellas conductas que *ex ante* aparecen como peligrosas para el bien jurídico, junto con una, en mi opinión también mal entendida, concepción del principio de respeto al fuero interno⁹, que ha llevado a algunos autores a afirmar que una concepción del desvalor de acción que se fundamenta (sea o no de manera exclusiva) en el desvalor de intención, iría en contra de tal principio¹⁰.

Esta afirmación es errónea, pues, en primer lugar, estos argumentos y estas concepciones desconocen que la acción es una unidad causal-final que no puede ser escindida¹¹. Y en segundo lugar, es imposible determinar la peligrosidad de una tentativa inacabada sin tener en cuenta la voluntad de actuar del sujeto (el dolo) ¹². El criterio de la peligrosidad de la acción es incapaz de sustituir al dolo en la fundamentación de lo injusto¹³. El argumento esencial en contra del criterio de la peli-

⁷ RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 31.

⁸ Véase mi Proyecto docente y de investigación, UNED, 2001 (inédito).

⁹ Véase sobre la relación entre estas concepciones y la doctrina de la imputación objetiva MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva*, p. 33 y pp. 61 y s. y 73 y ss.

¹⁰ Así por ej. JAKOBS, G., «Criminalización ...» en *Fundamentos ...* p. 208 y ss., FRISCH, *Tipo...* pp. 70- 71; MIR, PG, 5^o, p. 233 y s., marg., 54; GIMBERNAT, EPC, X, pp. 181 y ss., BERDUGO, *Lecciones*, p. 279.

¹¹ RUEDA MARTÍN, *La teoría...*, p. 159.

¹² Véase CEREZO MIR, *Curso II*, p. 125.

¹³ RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 161 y ss y 167 y ss. defiende que el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción es incapaz de sustituir al dolo en la fundamentación de lo injusto porque tiene que incorporarlo necesariamente a su propio juicio, al incluirse en él los conocimientos especiales del autor. La crítica de que la imputación objetiva no es en realidad tan objetiva, al basarse con frecuencia en elementos subjetivos es antigua y muy utilizada por los autores finalistas —véase por ej. los autores citados por CANCIO MELIA, *H-Bacigalupo*, p. 64—. La identificación del «riesgo objetivamente desaprobado» no es, efectivamente, tan «objetivamente identificable», salvo que se excluyan los conocimientos especiales que no puedan esperarse del rol ejercitado por el autor en el momento del hecho, como hace JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 62 y ss., lo que le lleva a la conclusión, en mi opinión desafortunada, de excluir la imputación del resultado y castigar sólo por omisión de socorro en tales casos, o salvo que el juicio de previsibilidad incorpore datos no cognoscibles *ex ante* por un espectador objetivo, solución también rechazable —véase GIL GIL, «Reflexiones...» nota 9—. El criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción deberá así incorporar las representaciones del autor (pero también la determinación de la norma de cuidado no regulada explícitamente en el delito imprudente) y la figura del

grosidad como fundamento de lo injusto no es que el mismo deba incorporar necesariamente el dolo por deber tener en cuenta los conocimientos del sujeto¹⁴, ya que sólo se incorporan los conocimientos, no las representaciones que no se ajustan a lo realmente existente, y estos también se tienen en cuenta en la imprudencia. Además desde nuestra concepción el dolo no se limita a las representaciones del autor sino que incorpora también un elemento volitivo (que no existe en cambio en la imprudencia). El argumento fundamental es que de ninguna manera se puede evitar la apelación al elemento subjetivo en la fundamentación de lo injusto (y de la peligrosidad) de la tentativa inacabada¹⁵, de los

observador imparcial servirá únicamente para restringir el tipo objetivo del delito dolo excluyendo la peligrosidad y por lo tanto la realización del tipo en los casos en que el observador imparcial descartaría *ex ante* como absolutamente improbable la concurrencia de dichas representaciones. En contra de esta idea de que los conocimientos especiales del autor determinen el propio tipo objetivo al influir en el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la acción haciendo que por lo tanto, como decía STRUENSEE, ADPCP 1987, 423 y ss., la imputación objetiva no sea tan objetiva como sus partidarios defienden, responde FRISCH, *Tipo*, pp. 85 y 98 a 102 y 138-139, que el conocimiento especial por parte del autor de determinados puntos de referencia es «una circunstancia personal de carácter objetivo determinante para la desaprobación de la creación de un peligro». El conocimiento de elementos de peligro que los demás desconocen fundamentaría la expectativa de que el sujeto los considere en la orientación de su conducta, pero ello no significaría una referencia al dolo pues es indiferente lo que el sujeto piense en el momento del hecho —Sobre el estado... p. 56—. La explicación de FRISCH me parece admisible si tenemos en cuenta que como se explica en el texto, sólo se incorporan los conocimientos, no las representaciones que no se ajustan a lo realmente existente, por lo que no se puede decir que estemos integrando el dolo, sino más bien unas circunstancias objetivas, reales —GIL GIL, «Reflexiones...» pp. 42-43—.

¹⁴ Véase la nota anterior.

¹⁵ Por otra parte estas concepciones que fundamentan lo injusto en la peligrosidad o en la creación de un riesgo desaprobado se encuentran luego con la dificultad de explicar cómo es posible entonces que el dolo, elemento ajeno a tal fundamento, haga variar el contenido de injusto, o incluso cómo se explica su propia pertenencia al tipo, sin que por lo general la respuesta a esta cuestión permita mantener su inicial pretensión de que el tipo objetivo es idéntico para el delito doloso y para el imprudente. GIL GIL, «Reflexiones...» nota 11. Como es sabido numerosos autores han argumentado que las conductas dolosas son más peligrosas que las imprudentes para el bien jurídico —por ej. MIR PUIG, *Función...* pp. 74 y ss., afirmación que me parece insostenible —«Reflexiones...» p. 11; también contra esta afirmación RUEDA MARTIN, ob. cit. pp. 169 y ss., RAGUÉS I VALLÈS, pp. 40 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 312, marg. 5, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 244 y ss.—. La solución de JAKOBS es más congruente con su propia sistemática, ya que la diferencia entre el dolo y la imprudencia se basaría en su mayor relevancia desde el punto de vista de la trascendencia de la norma (a esta argumentación se adhiere RAGUÉS, p. 41 y ss., también HASSEMER —*Einführung*, p. 222 y s.— afirma que el delito doloso se diferencia del imprudente en que el primero además de lesionar la norma en su función protectora de bienes jurídicos, cosa que igualmente hace el segundo, también niega su vigencia) sin embargo esta afirmación es tan cuestionable como la de que el delito doloso es más peligroso que el imprudente. En *Sobre la normativización...* p. 93, JAKOBS afirma que objetivamente el delito imprudente repre-

actos preparatorios y de los delitos de resultado cortado, incluyendo los mutilados de varios actos. Es decir, en todos aquellos tipos cuya anticipación respecto de la lesión o peligro concreto del bien jurídico sólo permite definir la peligrosidad de la conducta atendiendo a la voluntad de actuar del sujeto, elemento subjetivo integrado en su resolución delictiva

sa el mismo significado que el doloso. En «Sobre la función...» pp. 641 y ss., explicaba JAKOBS que la imprudencia resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma, disminuyendo, por tanto, la necesidad de reaccionar penalmente frente a una infracción no dolosa. Dicho de otra manera, el autor de un delito imprudente sólo está transmitiendo que se ha equivocado, mientras que el del delito doloso transmite que la norma no va con él. De ahí deduce que no son las «estructuras» de la reprochabilidad previas al Derecho las que determinan la decisión sino que la reprochabilidad y su medida se orientan a las tareas del Derecho penal, mediante la garantía de la disposición a cumplir la norma en orden a estabilizar expectativas y posibilitar la orientación. Ello le permite reclamar la exclusión de la pena atenuada de la imprudencia para los supuestos en que el sujeto no conoció por desinterés, por falta de consideración con la víctima, pues en ellos no existe ese peligro de autodaño y el mensaje que transmite el autor vuelve a ser el de que la norma no le interesa, no va con él. (Sin embargo la realidad nos dice que los delitos imprudentes son más frecuentes que los dolosos, de donde no creo, en contra de la pretensión de JAKOBS, que socialmente se pueda interpretar que el comete un delito imprudente necesariamente está más motivado a cumplir la norma porque se da siempre un riesgo de autodaño. La diferencia de pena entre el delito doloso y el imprudente tiene que tener, en mi opinión otra explicación). Pero esto le plantea a JAKOBS el problema de tener que explicar por qué entonces se castiga la imprudencia, si el sujeto imprudente lo que está comunicando es que él está dispuesto a cumplir la norma pero se ha equivocado, y las respuestas que ofrece JAKOBS, aunque razonables, lo cierto es que ya no guardan relación con el fundamento que otorga al Derecho penal. En mi opinión, siguiendo la fundamentación de JAKOBS deberíamos llegar a admitir que es la existencia de normas diferentes para el delito doloso y para el imprudente lo que justifica que la infracción de una o de otra merezca distinta pena —en el delito doloso la pena reafirma la vigencia de la norma «no se puede matar», mientras que la pena del delito imprudente tan sólo pretende garantizar unos estándares objetivos de riesgo —JAKOBS, *Fundamentos*, p. 42—. Desde mi perspectiva, por tanto, está claro que no se trata de se niegue más o menos la misma norma, sino que nos encontramos ante normas diferentes, lo que se traduce en un contenido de injusto diferente en el caso de trasgresión de cada una de ella y ello justifica una pena diferente —véase la argumentación para llegar a esta conclusión con mayor detalle en «Reflexiones...» pp. 36 y 37, nota 11, a una conclusión similar en el sentido de que en JAKOBS (y en cualquier defensor de un dolo meramente cognoscitivo) ya el tipo objetivo del delito doloso es distinto al del imprudente llega también SANCINETTI, *Observaciones*, pp. 58 y ss. con interesantes argumentos—. RAGUÉS también apela a un argumento basado en el distinto grado de imputación al sujeto para explicar la diferencia de pena entre el dolo y la imprudencia. Este es sin duda el camino que debe seguir una teoría que construya lo injusto en torno al concepto de imputación objetiva de la conducta y del resultado, pero luego habrá que ver si se es coherente con los criterios de imputación elegidos para definir lo injusto, si los criterios que nos llevan a atribuir en mayor o menor medida un hecho a una persona están incluidos en esos criterios de imputación objetiva que definen lo injusto, pues de lo contrario siguen sin servirnos para explicar la mayor punición del dolo respecto de la imprudencia —así lo ha visto RAGUÉS, p. 34 y ss.—, si son compatibles con los intentos de normativización del dolo y si son compatibles con el concepto de norma. Para todos aquellos que entiendan la norma como pro-

tiva y que va a presuponer el resto de la misma¹⁶. Pues en los delitos dolosos la anticipación de la consumación formal respecto de la material elegida por todos los legisladores sólo es posible mediante la inclusión en lo injusto de elementos subjetivos ya que los datos objetivos que según estos autores podrían definir la potencial lesividad de la acción todavía no han aparecido en el escaso grado de desarrollo externo que la misma presenta en ese momento anticipado en el que ya se la quiere castigar. En contra, en los delitos imprudentes es posible esa objetivación a costa de renunciar a la anticipación de la consumación formal, que únicamente será posible convirtiendo a la «tentativa imprudente» en un doloso delito de peligro¹⁷.

No sería así, sin embargo, si se castigaran las «tentativas imprudentes inacabadas», en cuyo caso, para constatar si el sujeto ha comenzado una acción que infringe el cuidado debido o por el contrario ha comenzado una acción dentro del riesgo permitido habría que conocer su voluntad de realización¹⁸. Por ej. quien invade la calzada contraria para realizar un adelantamiento en una zona y momento permitido realiza una acción lícita; quien realizara la misma conducta pero con la intención de permanecer en el carril contrario habría comenzado una acción imprudente. Quien sobrepasa en 20 Km/h la velocidad permitida con la intención de adelantar a otro vehículo se mantiene dentro del riesgo permitido, quien lo hace con la intención de conservar dicha

tectora de bienes jurídicos y no como protectora de expectativas el efecto de defraudación de las expectativas no puede formar parte de lo injusto —lo contrario a la norma— pues está fuera de ella, aunque se admita su protección como un fin legítimo de la pena (consecuencia jurídica de la infracción de la norma) pero que precisamente debe estar subordinado a la pena justa (proporcionada a lo injusto), es decir, por supuesto que la pena adecuada al contenido de injusto va a ser acorde con el valor protegido por la norma, pero más allá de esto el hecho de poner en entredicho la norma no puede aumentar la pena por encima del contenido de injusto, es decir, por encima del desvalor del hecho —sobre las distintas concepciones acerca de la prevención general positiva véase GIL GIL, en *Homenaje a Cerezo*—, en contra pretende aunar las concepciones de la norma de determinación y la norma como reestabilización de expectativas SILVA SÁNCHEZ, en *Modernas Tendencias...* pp. 573 y ss.—. Por otra parte, la forma en que se cuestionan las normas no es algo comprobable y medible (y si lo fuera probablemente contradiría al Derecho positivo), ni tampoco esto le interesa a JAKOBS, en su sistema la afirmación de que una conducta produce mayor desorientación que otra es puramente decisionista —véase mi crítica a esta incapacidad del sistema de JAKOBS para explicar el porqué y el *quantum* de la pena en *Homenaje a Cerezo*, p. 27 y s., nota 68—

¹⁶ Sobre este elemento y sobre el tipo subjetivo de la tentativa véase GIL GIL, A., «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención», en *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, n.º 6, 2000.

¹⁷ NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr, Tübingen, 1951, p. 63.

¹⁸ Pero como no sucede de esta manera no puede aceptarse la argumentación de SANCINETTI, *Subjetivismo*, pp.134 a 154.

velocidad ha comenzado a infringir la norma de cuidado que establece el límite de velocidad.

La renuncia a adelantar la punición en los delitos imprudentes al momento de comienzo de la conducta imprudente permite la objetivación de lo injusto imprudente. En cambio, el adelantamiento de la punición a la tentativa inacabada exige siempre una subjetivación de lo injusto. La objetivación de lo injusto en los delitos imprudentes permite el castigo de la imprudencia inconsciente a costa de renunciar al adelantamiento de la punición, exigiendo por el contrario normalmente la consumación (la mayoría de los delitos imprudentes son de resultado) o al menos una conducta materialmente equivalente a la tentativa acabada que permite ya una constatación objetiva de la mera actividad. Por ello también los delitos de peligro abstracto suelen ser dolosos —se trata de conductas imprudentes en las que el autor conoce y quiere los factores de riesgo— y los escasos delitos de peligro abstracto imprudentes que existen en nuestro Código lo son de resultado o de estructura equivalente a una tentativa acabada —pues la constatación de la tentativa inacabada exigiría contar con el elemento subjetivo trascendente y ello sería incompatible con una realización inconsciente¹⁹.

Para quien defiende que no deben castigarse los «malos propósitos del autor», sino sólo las conductas peligrosas no debería bastar una mínima apariencia delictiva para fundamentar el castigo²⁰ sino que tampoco se debería castigar por ej. por (tentativa de) homicidio ninguna conducta de la que externamente —sin tener en cuenta los propósitos del sujeto— no pudiese afirmarse que era capaz de producir la muerte. Pero si tuviésemos que esperar a que la conducta tuviese la apariencia exterior delictiva necesaria para no tener en cuenta los propósitos del autor a la hora de prever el resultado sólo podríamos castigar las tentativas acabadas, lo que sin duda es contrario a nuestra legislación, y las tentativas inacabadas de homicidio, por ej., sólo podrían castigarse en su caso como delitos consumados o tentativas acabadas de lesiones²¹ o quedar impunes. Por supuesto a nadie se le ha ocurrido propugnar la despenalización de la tentativa inacabada por el hecho de que para determinar la conducta potencialmente lesiva en ella, es decir, para deter-

¹⁹ Sobre los delitos de peligro abstracto véase GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 164 y ss.

²⁰ GIMBERNAT, EPC, X, pp. 181.

²¹ Sobre el concepto de peligro y sobre la incoherencia de quienes en una posición «aparentemente objetivista» exigen lesión o peligro del bien jurídico para afirmar la anti-juridicidad y quieren, sin embargo, castigar tentativas inacabadas y actos preparatorios véase GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 109 y ss., en especial nota 274 o mi Proyecto docente y de investigación, (inédito), UNED, 2001, pp. 150 a 154.

minar lo injusto de la misma, sea necesario siempre tener en cuenta la intención del sujeto.

Algunos autores han pretendido, para mantener sus tesis, que un mero acto ejecutivo supone ya el peligro concreto para el bien jurídico, llegando a constituir el criterio del peligro uno de los esgrimidos para distinguir la fase de ejecución propia de la tentativa de los actos preparatorios²², pero lo cierto es que quienes argumentan de esta manera pocas veces llegan a definirnos qué entienden por peligro, con lo que su afirmación de que un acto ejecutivo supone ya el peligro para el bien jurídico no queda demostrada ni argumentada, pues normalmente se conforman con ejemplificar para apoyar su afirmación con casos concretos en los que la evidencia del peligro para el bien jurídico pasa por incluir el acto ejecutivo en cuestión en el plan del autor²³, con lo que la peligrosidad finalmente no se deduce de manera objetiva del mero acto sino del plan del autor que incorpora necesariamente por tanto su voluntad de actuar, o con tentativas acabadas²⁴.

Resulta adecuado explicar en este momento los conceptos de peligrosidad de la acción (cualidad de la acción)²⁵, y peligro concreto, concepto que puede referirse a un resultado típico (cuando lo referimos a un objeto (de la acción o del bien jurídico)) o también a un resultado valorativo, es decir, puede significar a su vez un desvalor de resultado cuando representa al mismo tiempo el efecto sobre el bien jurídico, de la misma manera que la lesión del objeto del bien jurídico representa la lesión del bien jurídico.

La peligrosidad de la acción coincide con el juicio de previsibilidad objetiva²⁶. Se trata de un juicio realizado ex ante por una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las

²² Utilizan este criterio por ej. SPENDEL, *Stock Fs*, p. 106; v. HIPPEL, *Untersuchungen*, 1966, p. 26 y nuestro TS —véase FARRÉ TREPAT, *La tentativa...* pp.190 y ss—. En contra CERESO, *Curso III*, p. 190.

²³ JIMENEZ DE ASÚA, que utilizaba este criterio, ya apelaba expresamente a la necesidad de tener en cuenta el plan del autor —*Tratado VII*, pp. 551-552, 556-557—. Hoy en día la mayoría de la doctrina apela a la peligrosidad del plan del autor, con lo que incorporan necesariamente como fundamento de lo injusto de la tentativa el elemento subjetivo.

²⁴ BERDUGO, defensor de una teoría de la probabilidad en la identificación del dolo, *Lecciones*, pp. 198-199, rechaza tomar en cuenta el plan del autor para definir el acto ejecutivo a partir de su peligrosidad (p. 279-280), sin percatarse de que se este modo sólo podrá castigar tentativas acabadas. (En todo caso no está muy claro qué entiende este autor por tentativa inacabada, dado que el ejemplo que pone en la p. 277 lo es claramente, en mi opinión, de tentativa acabada).

²⁵ CERESO, *Curso II*, p. 114.

²⁶ CERESO, *Curso II*, p. 113.

conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la realización del tipo aparece como no absolutamente improbable la acción es peligrosa²⁷. Al tratarse de una cualidad de la acción la peligrosidad de la misma debe ubicarse en el desvalor de acción, no siendo correcto, en mi opinión, calificarla como desvalor de resultado como hacen algunos autores²⁸, pues con este término hacemos referencia al efecto sobre el bien jurídico y con la mera peligrosidad de la acción el bien jurídico todavía no ha sufrido ningún efecto. La concurrencia de un peligro concreto, en cambio, como la de todo resultado, ha de ser examinado *ex post*-acción. Aunque el juicio de peligro —también el de resultado de peligro— siempre implica una previsibilidad, un juicio de probabilidad, y por lo tanto es necesariamente siempre un juicio *ex ante*-resultado de lesión o frustración, en el peligro concreto ese juicio es posterior al juicio de peligrosidad de la acción, se retrasa necesariamente, como enseguida explicaré, al momento de la tentativa acabada, y en ese sentido es *ex post*-acción, pero sigue siendo *ex ante*-resultado²⁹. Para que concurra un peligro concreto primero como resultado típico del que luego se pueda deducir el resultado valorativo, cuando ese resultado típico, externo y separable de la acción, recayó sobre el objeto del bien jurídico, es preciso que dicho objeto haya entrado en el radio de la acción peligrosa y su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable³⁰. Pero para que el resultado sea constatable como fenómeno externo y separable de la acción ésta tiene que estar acabada. Dicho de otro modo, el juicio de peligrosidad de una acción inacabada tiene que realizarse siempre teniendo en cuenta los planes del autor, en especial su voluntad de actuar, pues por definición los actos ejecutivos ya ejecutados de una tentativa inacabada son incapaces de alcanzar el resultado, ya que faltan, según el plan del autor, otros actos para que el resultado pueda acaecer. Si el peligro es el estado previo a la lesión y si consiste, como hemos dicho, en un efecto externo producido cuando el objeto del bien jurídico entra en el radio de la acción peligrosa, tal efecto externo producto de una acción peligrosa y separable de ella sólo puede ser constatado a partir de una acción externamente peligrosa, en el sentido de que no deba tenerse ya en cuenta la voluntad de actuar del sujeto para poder predicarse su peligrosidad, sino que todos los actos ejecutivos que

²⁷ CEREDO, *Curso*, II, pp. 113 y 114, el mismo, RDPCUNED, n.10, p. 49

²⁸ Véase los autores citados por GIL GIL, *La ausencia*, pp. 92, nota 232 y 108, nota 270.

²⁹ Se trata, como señaló WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 47 y 137, El nuevo sistema, p. 77, de dos juicios de peligro realizados en momentos diferentes.

³⁰ En el mismo sentido CEREDO MIR, RDPCUNED, n. 10, p. 49; ROMEO CASABONA, en *Homenaje a Cerezo*, 2002, p. 950.

llevan a la no absoluta improbabilidad de producción del resultado tienen que haber sido realizados. Dicho con un ejemplo: Si el asesino a sueldo se coloca en el tejado del edificio de enfrente apuntando a la puerta de la casa de su víctima, la vida de ésta todavía no ha corrido peligro cuando sale de casa, sino sólo cuando el asesino ha apretado el gatillo estando la víctima a tiro, pues en el primer caso no puede constatarse un peligro separable de la acción, ya que para afirmar ese peligro es preciso todavía contar con la voluntad de actuar del sujeto, es decir, introducir en el juicio de peligro su voluntad de disparar, con lo que sigue siendo un juicio sobre la peligrosidad de la acción. Sólo cuando la acción peligrosa está acabada puede observarse el resultado de peligro de la misma como suceso separable de aquélla. Ello significa que sólo es posible un resultado de peligro en una tentativa acabada, y nunca en una inacabada: si faltan actos para que pueda producirse el resultado el bien jurídico no puede tampoco haber corrido peligro. Con otro ejemplo: si para asesinar a alguien son necesarias diez dosis de veneno, con la segunda dosis no puede afirmarse que su vida haya corrido peligro, ha podido quizás haber sido lesionada su salud, pero si por definición las dos dosis son incapaces de producir la muerte no puede predicarse en ese momento un resultado de peligro para la vida externo y separable de la acción pues para poder establecer el peligro para la vida hay que tener en cuenta la voluntad de suministrar las otras ocho dosis con lo que el juicio que incorpora la voluntad de actuar ya no es un juicio sobre la posibilidad de acaecimiento de un resultado externo y separable de la acción, sino de nuevo un juicio sobre la idoneidad de la acción, es decir, se está constatando únicamente de nuevo la peligrosidad de la acción y además teniendo en cuenta para ello la voluntad de actuar del sujeto. Con ello estoy afirmando que si bien es necesario para la constatación del peligro concreto, que el bien jurídico haya entrado en el radio de una acción peligrosa³¹, el que esto suceda no lo convierte sin más en un resultado de peligro, pues para hablar de resultado es necesaria la posibilidad de enjuiciarlo como acontecer externo separable de la acción en el sentido explicado³².

³¹ Así CEREZO, Curso, II, p. 114

³² Entiendo que lo dicho es compatible con el concepto de peligro concreto defendido por RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...* p. 37, siguiendo las ideas de autores como SCHÜNEMANN, KINDHÄUSER o DEMUTH. En su opinión para que se dé el peligro concreto es precisa una situación en la que «se deja la existencia del bien jurídico a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar». Es evidente, en mi opinión, que en la situación de tentativa inacabada el sujeto sigue dominando el curso causal pues todavía lo dirige y con dejar de realizar los actos que faltan evitará la producción del resultado. Sólo en el momento de tentativa acabada el sujeto deja salir de su dominabilidad el curso causal y sólo puede esperar la producción del resultado. El hecho de que pueda recuperar con

Por ello afirmo que en la tentativa inacabada no puede darse nunca un resultado de peligro (salvo en los casos de anticipación del resultado, donde el peligro concreto por el que ha pasado el bien jurídico antes de su lesión no proviene de la tentativa sino del delito imprudente cometido simultáneamente³³), mientras que en la tentativa acabada sí puede darse pero no es un requisito del tipo de la misma³⁴.

posterioridad el control de dicho curso causal mediante el arrepentimiento activo no impide que haya existido ya un peligro concreto para el bien jurídico si éste había entrado en el radio de la acción peligrosa en el momento en que se perdió el dominio del curso causal (tentativa acabada). En cambio me parece que carece de sentido el concepto de peligro concreto propuesto por CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...* pp.162 y ss., pues para descartar un resultado de peligro simplemente toma en consideración circunstancias que no había tenido en cuenta (aunque debería haberlo hecho) en los «niveles» anteriores: si preexistían circunstancias que evitaron la lesión pese a que el bien jurídico estaba «aparentemente amenazado», o bien eran cognoscibles ex ante y entonces simplemente se realizó erróneamente el juicio de peligrosidad de la acción (en su esquema el juicio de peligro) o bien lo eran ex post, y en tal caso se realizó erróneamente el juicio de imputación del peligro. El erróneo ejemplo que plantea —no hay resultado de peligro en un adelantamiento sin visibilidad cuando a pesar de venir otro coche de frente la carretera resulta ser más ancha de lo que parecía (!), p. 163— a pesar de haberse decidido por la falta de resultado de peligro cuando el mismo es todavía dominable por el autor —p. 265— proviene en mi opinión precisamente de la falta de deslinde entre acción y resultado. Estimo que en concepciones como la suya o como la de MIR PUIG, al suponer la constatación del peligro relacionado con la idoneidad de la acción un juicio ex ante y un juicio ex post no es posible distinguir peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Por eso afirman ambos —MIR, *Sobre la punibilidad...* p. 37 y ss., CORCOY, *Delitos...* p. 265— que la tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto, mientras que la tentativa inidónea tiene la estructura de un delito de peligro abstracto, porque en el juicio de idoneidad se introducen tanto elementos objetivos cognoscibles ex ante, como los conocidos ex post, como los elementos subjetivos, lo que en mi opinión es una forma inadecuada de constatar la producción de un «resultado separado de la conducta». Si se juzga la peligrosidad de la acción no deberían tenerse en cuenta circunstancias cognoscibles sólo ex post, si se juzga el resultado no deberían tenerse en cuenta elementos subjetivos pertenecientes a la acción.

³³ En las hipótesis de producción anticipada del resultado en aquellos casos en los que los actos objetivos realizados fuesen *ex ante* peligrosos, capaces por sí solos de producir el resultado (el resultado anticipado aparecía como no absolutamente improbable), pero no lo fueren a los ojos del autor (según su plan eran necesarios actos ejecutivos posteriores) estaríamos, como ha señalado MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento*, pp. 93 y ss., ante un delito imprudente en concurso con una tentativa inacabada, dado que el error sobre la peligrosidad de la acción es en nuestro Cp, a partir de la nueva redacción del art. 16, un error sobre un elemento del tipo, y en consecuencia excluye el dolo respecto del resultado efectivamente producido (no respecto del que quería producir mediante su plan). Si ex ante la consecución del resultado mediante el plan del autor no aparecía como absolutamente improbable la tentativa será idónea y punible. Por ej. un sujeto cree que para matar a otro tiene que suministrarle 10 dosis de veneno pero la víctima muere en la segunda. Respecto de ese resultado de muerte el sujeto no tenía dolo porque desconocía la peligrosidad de las dos dosis de veneno para el bien jurídico vida (creía que no eran suficientes para matar y por lo tanto tampoco peligrosas). Si un observador imparcial con el saber nomológico de la época hubiera sabido que dos dosis eran suficientes para matar la acción era peligrosa y se daría el delito imprudente. Puesto que el suministro de diez dosis también aparece ex ante como capaz de producir la muerte la tentativa es idónea y punible en concurso de delitos con el delito imprudente.

³⁴ CEREZO, *Curso* III, p. 204.

El criterio de la peligrosidad objetiva como criterio de imputación objetiva incluido por el legislador en el Cp español³⁵, viene así a restringir el ámbito de los tipos dolosos, pero en ningún caso exime de la constatación del dolo, verdadero fundamento de lo injusto de los delitos dolosos. Con esta interpretación el criterio de la peligrosidad objetiva no puede entenderse como el elemento fundamentador de lo injusto, como esencia de la antijuridicidad, sino sólo como un criterio limitador por razones de política criminal, que al limitar cofundamentará lo injusto. Su inclusión en el Código penal español no obliga a cambiar la concepción de lo injusto pues otros preceptos, como el que establece el castigo de la tentativa inacabada, no nos permiten mantener un concepto de injusto cuya esencia radique en la peligrosidad objetiva (sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la acción). La peligrosidad de la acción se integrará por tanto en lo injusto como un elemento más para graduar el desvalor de la acción, con tal relevancia que un desvalor de acción que no alcance determinada peligrosidad no resulta punible por decisión del legislador, pero ello no obliga a renunciar a una concepción de lo injusto como infracción de la norma protectora de bienes jurídicos para sustituirlo por la concepción de lo injusto como creación de peligros o riesgos desaprobados, pues como hemos visto esta concepción no es sostenible³⁶. Si la doctrina mayoritaria entiende actualmente que es imprescindible un elemento subjetivo para poder definir lo injusto de la tentativa, ello nos lleva a que lo injusto no puede determinarse de manera meramente objetiva, y salvo que quiera escindirse el concepto de injusto y el contenido de la norma de las fases anteriores a la ejecución del delito consumado —lo que no me parece conveniente y sería difícilmente explicable³⁷— habrá que admitir que el elemento subjetivo forma parte del fundamento de lo injusto de los delitos dolosos en todas sus formas.

El funcionalismo sistémico no necesitaría argumentar la peligrosidad de la tentativa o del acto preparatorio para fundamentar su castigo. Lo injusto de la tentativa no se caracteriza, para el funcionalismo sistémico, por suponer un peligro para el bien jurídico, sino por conllevar un quebrantamiento de la norma, al igual que la misma consumación³⁸. Coincidirían por tanto con el finalismo en la idea base

³⁵ CEREZO *Curso II*, p. 105.

³⁶ En contra de la oportunidad de esta limitación de lo injusto punible en los delitos dolosos mediante el criterio de la peligrosidad véase CEREZO, *Curso, II*, p. 105 y RUEDA, *La teoría de la imputación objetiva del resultado...*, pp. 125 y ss.

³⁷ Véase *infra* Conclusiones.

³⁸ VEHLING, *Die Abgrenzung...* pp. 87 y ss, (citado por ALCACER); JAKOBS, PG, pp. 863 y ss., margs. 21 y ss. Ello les plantea el problema, sin embargo, de explicar la menor punición de la tentativa respecto del delito consumado y la pertenencia del resultado a lo injusto, sin que su explicación resulte demasiado convincente o demasiado coherente con los puntos de partida.

de que el comienzo de la acción contraria a la norma ya supone un injusto, en el funcionalismo por significar el quebrantamiento de la vigencia de ésta, y en el finalismo por suponer la infracción de la misma y por tanto un desvalor de acción. Pero para identificar la acción comenzada, para establecer que es precisamente la acción que prohíbe la norma, es necesario, en la fase en que la misma todavía no puede reconocerse sin duda alguna de manera objetiva, atender a la finalidad del sujeto³⁹, lo que algunos autores representantes del funcionalismo sistémico rechazan de nuevo con el argumento de que sería ilegítimo castigar atendiendo a las intenciones del sujeto⁴⁰, y pre-

³⁹ CERESO, *Curso II*, p. 125. En sentido similar FARRÉ, *La tentativa*, p. 12; ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 37 y p. 45 y ss.; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, p. 43 y ss. Y ello, como bien señala ALCACER, con independencia de que una vez conocida la acción del sujeto atendiendo al plan del autor, se determine el comienzo de la tentativa mediante criterios objetivos, como el de la realización de actos típicos completado por la fórmula de Frank.

⁴⁰ JAKOBS, en «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico» en *Fundamentos de Derecho penal*, Trad. Cancio Meliá y Peñaranda Ramos, AD—HOC, Buenos Aires, 1996, p. 208 y ss.; *Strafrecht, AT.*, p. 173, marg. 86a, *Derecho penal*, pp. 211 y 212—, mantiene que la criminalización de conductas que constituyen en sí mismas actos preparatorios o tentativas de participación encuentra su legitimidad exclusivamente en la peligrosidad del acto en sí mismo, sin tener en cuenta cuáles sean las intenciones del autor y que no es legítimo el castigo de una conducta si para la constatación de su peligrosidad fuera preciso atender a las futuras intenciones del autor. Por tanto, el castigo de un acto preparatorio es legítimo y supone un peligro abstracto en su opinión, si dicho acto favorece la comisión de delitos en general, a cualquier persona, creando así una situación de peligro, como ocurre en los casos de producción de prototipos de medios delictivos como el dinero falso, pasaportes falsificados, drogas, etc. En primer lugar no estoy de acuerdo con JAKOBS en que el castigo de dichas conductas con base en la intención del autor suponga una infracción del principio *cogitationis nemo patitur*. No se están castigando *futuras* intenciones del autor, sino la realización de una acción dirigida por su voluntad hacia la lesión del bien jurídico y puesta de manifiesto por hechos externos en un momento en que todavía no ha sido concluida. En segundo lugar, cuando JAKOBS intenta argumentar por ejemplo que el porte de armas en reuniones públicas es una conducta peligrosa que merece ser castigada porque puede ocurrir un accidente u ocasionarse daño a alguien por la intervención delictiva de terceras personas, está sustituyendo el dolo del autor por la posible imprudencia o el dolo de un tercero. Es decir, el arma, o la moneda falsa no son en sí mismas peligrosas sino sólo si alguien pretende utilizarlas, la moneda falsa no sale sola de la caja y se pone en circulación, su peligrosidad sólo puede afirmarse incluyendo la intención de alguien de ponerla en circulación, el arma no se dispara sola, su peligrosidad solo se puede afirmar teniendo en cuenta la intención de alguien de dispararla (o si su portador infringe el cuidado en su manejo o control, lo que realmente no nos ocupa en este momento), y no deja de ser exigido un elemento subjetivo si prescindimos de la voluntad del autor del acto preparatorio pero para definir la peligrosidad de ese acto preparatorio tenemos que acudir a la potencial voluntad de actuar de cualquiera. Como señala CERESO MIR, *Curso, II*, p. 125, la misma peligrosidad de la acción depende aquí de la resolución delictiva. JAKOBS cambió después de postura para afirmar que no es ya la propia acción externamente observada, sino la «representación del autor» la que debe ser comunicativamente relevante —Representación del autor e imputación objetiva, en *Estudios penales*, 1996, p. 235.

tenden sustituir por el criterio de la conducta normativamente esperada del autor en su posición y en su contexto social, que será lo que nos de su significado para la vigencia de la norma⁴¹. El *riesgo permitido* en función del rol y del contexto social se infringirá cuando la acción del autor no pueda ser explicada de forma objetiva de otra manera que como delictiva en función del contexto en el que se realiza⁴². Por tanto lo injusto subjetivamente dirigido debe ser reconocido como tal de manera objetiva⁴³. El dolo deja de ser lo relevante según esta postura para determinar la tentativa, pues lo determinante es que ese dolo, esas intenciones del sujeto, pueda ser interpretado de forma externa desde el contexto social y el rol del sujeto, de manera que si la conducta realizada puede todavía interpretarse de manera no delictiva no habría tentativa⁴⁴.

Esta postura, igual que otras que pretenden prescindir de los elementos subjetivos y sustituirlos por valoraciones sociales de la conducta objetiva⁴⁵ plantean diferentes problemas⁴⁶. En primer lugar estas teorías recuerdan demasiado al clásico dolo *ex re*⁴⁷ y en numerosas ocasiones no se dan criterios concluyentes para determinar qué conductas son interpretadas objetivamente como cubiertas por el rol específico o por lo contrario como delictivas por no adecuadas al rol o como

⁴¹ VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 116 y ss.

⁴² VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 138

⁴³ VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 124

⁴⁴ VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 148

⁴⁵ RAGUÉS, aunque se declara en principio partidario de un concepto intelectual de dolo (pp. 165 y ss.) acaba imputando el conocimiento a partir de una serie de reglas supuestamente extraídas de las valoraciones sociales que terminan por normativizar totalmente el concepto. En realidad él mismo se plantea si su construcción supone la inclusión de los criterios de imputación en el propio concepto de dolo o si se trata sólo de reglas para la determinación procesal de un dolo concebido como conocimiento de determinadas circunstancias, sin llegar a decidirse por una u otra opción —pp. 362 a 366—, pero en mi opinión no cabe duda de que su postura va más allá de esta segunda posibilidad y acaba por crear un concepto normativo de dolo, dado que la aceptación o negación de determinados medios de prueba, íntimamente relacionado con las precisas circunstancias objetivas cuyo conocimiento se imputa, van ligados a una concreta concepción de lo injusto y de la norma penal, y no a meras consideraciones de utilidad procesal.

⁴⁶ Para ALCACER esta teoría no se diferencia mucho de la teoría de la impresión, con todas las críticas que ésta última merece, pero además, al prescindir absolutamente del elemento subjetivo, incluso de los conocimientos del autor, para hallar el significado de la acción, la arbitrariedad de la teoría de la impresión se acentúa pues son menos los datos de los que el juzgador dispone para enjuiciar la trascendencia delictiva de la acción —ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 35—. La misma crítica recoge NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, p. 34.

⁴⁷ De la misma opinión ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 35 en relación a la postura de VEHLING. Lo mismo se puede decir de la construcción de RAGUÉS.

especialmente aptas⁴⁸. En segundo lugar estos criterios no van a servirnos para distinguir dos acciones, ambas delictivas, que comienzan con la misma conducta objetiva pero se diferencian claramente por la intención del sujeto, como pueden ser las lesiones y la tentativa de homicidio⁴⁹ ⁵⁰. En tercer lugar estos criterios dejarán fuera numerosas conductas que en principio no pueden identificarse sin duda alguna como delictivas, sino como neutras⁵¹, o como adecuadas al rol, pero en las que existe una intención criminal⁵².

Junto al argumento de la ilegitimidad del «castigo de las meras intenciones» que contestamos con la necesidad ineludible de contar con elementos subjetivos para fundamentar lo injusto en las fases anteriores a la tentativa acabada, se han alegado otros argumentos contra las posiciones que incluyen elementos subjetivos en lo injusto y a favor de la objetivación y normativización de los mismos. Así, se alude con frecuencia a los problemas de prueba de los elementos subjetivos⁵³. En mi

⁴⁸ El criterio general que se establece es que la conducta no pueda ser interpretada sino como delictiva, pero en realidad habrá muy pocas conductas de este tipo, además, en contra de la construcción de VEHLING se puede argumentar que cualquier artificio del sujeto para simular otro rol distinto que disfrace sus intenciones, o incluso cualquier aprovechamiento del propio rol con intenciones delictivas va a retrasar el comienzo de ejecución —así lo pone de manifiesto los ejemplos propuestos por ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 39—. Tampoco resulta convincente la postura de RAGUÉS —véase *infra* las notas 59 y 61—.

⁴⁹ Un sujeto pone una pequeña dosis de veneno en el café que diariamente toma su anciana tía millonaria:

1.— con la intención de que se sienta mal y se tenga que quedar en cama: lesiones;

2.— con la intención de seguir suministrando la misma dosis todos los días hasta que la anciana fallezca: tentativa inacabada de homicidio.

⁵⁰ Por eso JAKOBS no renuncia completamente al elemento subjetivo y se limita a decir que la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores —Criminalización... pp. 302—. Con este proceder traiciona su afirmación inicial de que no se debe controlar los aspectos internos de un comportamiento. Si objetivamente sólo puede interpretarse una perturbación consistente en una lesión, siguiendo sus premisas, no debería permitirse indagar tampoco en los aspectos meramente internos para convertirla en un homicidio.

⁵¹ En terminología de RAGUÉS. Este autor pretende solucionarlo admitiendo para las conductas neutras otros medios objetivos de prueba de la intención que sin embargo no ha admitido en las conductas especialmente aptas para negar la misma, lo que me parece una contradicción que pone en cuestión su método para establecer las valoraciones sociales sobre una conducta.

⁵² Así, como señala ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 38, el típico ejemplo de ENGISCH, del cliente de un restaurante que toma una abrigo ajeno del perchero bien para coger el suyo que está debajo o bien para marcharse con él, debería quedar impune en ambos casos por ser una conducta que entra en el rol de comensal de un restaurante. Además, como también observa con acierto este autor, no se entiende por qué debe privilegiarse, por ej, al pederasta que además es médico o padre frente al que no lo es.

⁵³ Hace referencia a este problema para defender su postura RAGUÉS, pp. 520 y ss., CUELLO, *El Derecho penal español*, p. 650, para defender la exclusión de elementos volitivos.

opinión, en cambio, estos problemas se han exagerado. El juez tiene que llegar a un convencimiento racionalmente fundado y argumentado, no a la demostración sin ningún género de dudas de los hechos que declara como probados, pero ello sucede igual con los elementos objetivos, por ej. el juez deberá llegar al convencimiento de que el testigo dice la verdad cuando narra unos hechos, pero jamás lo podrá comprobar de manera absoluta salvo que haya una filmación de los mismos, lo que sucederá en muy pocos casos. Desde luego, quienes siguen exigiendo un elemento intelectual en sentido puramente psicológico⁵⁴ no pueden argumentar que el mismo sea más fácil de probar que el elemento volitivo que aquí se defiende, pero incluso la normativización del mismo no supone, como pretenden los autores que la defienden, un reforzamiento de la seguridad jurídica frente a las que integran en lo injusto elementos subjetivos⁵⁵, pudiendo incurrirse tanto en excesos como en defectos de punición⁵⁶. Tampoco suponen un aumento de la seguridad

⁵⁴ Así, por ej. un defensor de la teoría de la probabilidad como GIMBERNAT, *Estudios*, p. 254.

⁵⁵ De la misma opinión ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 38 en relación a la postura de VEHLING. Las soluciones normativizadoras del dolo pretenden solucionar los problemas de prueba que según ellos plantea la concepción psicológica del dolo acudiendo a un sin fin de presunciones —RAGUÉS, capítulos XII.3, XIII, etc.—, y sin admitir que el juez por otra vía distinta a esas presunciones, que RAGUÉS llama «precomprensiones» pueda llegar a la convicción de lo contrario —p. 524—, lo que en mi opinión de ninguna manera puede verse como un proceder más respetuoso con la dignidad humana, ni mucho menos garantiza de mejor manera una protección al acusado, ni tampoco es loable el tratamiento igualitario si éste se aplica a situaciones desiguales, como puede ocurrir en los casos en que llegue a imputarse dolo a supuestos en los que falta el elemento psicológico —caso de la niña alimentada a la fuerza a pesar de que vomita y sangra y que muere atragantada por la papilla (p. 506), y caso del que pretende solo dejar inconsciente a otro asfixiándole con una correa de cuero y sin embargo le produce la muerte (p. 477)— o en aquellos en que en cambio no se impute porque a pesar de existir intención ésta no se ha manifestado a través de los datos objetivos admitidos por RAGUÉS.

⁵⁶ Bien porque se adelante el comienzo de ejecución a momentos muy alejados a la realización típica, como señala ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 38 y ss., respecto de la posición de VEHLING, o bien porque incluso en la fase de tentativa acabada o de delito consumado se rechace la exclusión del elemento subjetivo mediante otros criterios cuando previamente se ha definido una conducta como especialmente apta, o se decida que la existencia de determinados datos objetivos implica la imputación del dolo sin que quepa prueba en contra como hace RAGUÉS en los ejemplos de la niña alimentada a la fuerza y de la correa de cuero. (En el caso de la niña que muere atragantada por la papilla (p. 506), por muy irracional que parezca alimentar a la fuerza a una niña que vomita y tiene hemorragias no creo que socialmente se admita que alguien quiere matar con papilla, ni que quien es consciente de estar alimentando, conducta que socialmente sólo tiene el fin de garantizar la vida del bebé, es consciente a la vez de que va a matar, fin opuesto al de la conducta realizada. No comprendo por qué rechaza como criterio para interpretar el conocimiento del acusado los argumentos anteriores así como las anteriores experiencias del sujeto (pp. 506-507). Del mismo modo, en el caso de la «correa de cuero», tal y como RAGUÉS lo expone, en mi opinión todo apunta a que los autores no fueron conscientes de la concreta aptitud lesiva de su conducta y sin embar-

jurídica la utilización de criterios a menudo indeterminados que igualmente son susceptibles de ser dotados de contenido por el juez conforme a su sentimiento jurídico, como puede serlo un determinado grado de peligrosidad⁵⁷ o una cualidad del peligro⁵⁸ o la interpretación que la conducta merezca según unas «valoraciones sociales» igualmente indeterminadas y que incluso a menudo se deciden normativamente sin admitir la prueba en contra de la ausencia de conocimiento⁵⁹.

Por último, las concepciones normativas del dolo plantean otros problemas:

Para las posturas que imputan el dolo en relación con la magnitud o clase de peligro de la conducta (o con el conocimiento de los mismos) surgen serias dificultades para explicar el dolo directo con utilización de medios escasamente peligrosos⁶⁰. RAGUÉS dice que este pro-

go se les imputa el dolo —p. 477—. RAGUÉS niega que las definiciones meramente cognitivas del dolo supongan una ampliación rechazable del ámbito del mismo pues con los criterios que él propone el dolo se limita por lo general a las conductas especialmente aptas para provocar un resultado (las arriesgadas neutras exigen otros requisitos adicionales para imputar dolo). En realidad un concepto meramente cognitivo del dolo en ocasiones amplía y en otras reduce el ámbito del dolo respecto de otro que incorpore un elemento volitivo —CEREZO, Curso II, p. 151—. Véase también supra la nota 52.

⁵⁷ Como es sabido el mismo criterio de imputación objetiva ha servido con frecuencia a la jurisprudencia para llegar a soluciones opuestas en casos semejantes. Por poner sólo un ejemplo real, en la STS de 24/11/95 de la niña alimentada a la fuerza, mientras la sentencia afirma que probablemente las autoras ni siquiera se representaron el peligro de muerte, ya que la niña se había atragantado otras veces al comer, y de llegar a representárselo, lo que parece dudoso, desde luego no se les representaron como probable, sino como una mera posibilidad, el voto particular afirma que ambas se tomaron en serio la probabilidad del resultado de muerte. En una misma sentencia a unos jueces el resultado no les parece probable y a otros sí. En general sobre la indefinición de la imputación objetiva de orientación político criminal véase FEIJOO, *Resultado...* pp. 204 y ss.

⁵⁸ Así RAGUÉS, pp. 149 y 146 recoge las críticas a la indeterminación de criterios como «estrategia adecuada» de PUPPE, o «riesgo no cubierto» de HERZBERG.

⁵⁹ En la posición de RAGUÉS tampoco queda claro qué determina finalmente la interpretación social de una conducta como dolosa. El autor nos dice que «el criterio para establecer en qué situaciones concurre una conducta especialmente apta para la producción de un resultado lesivo no debe basarse tanto en la cantidad de riesgo que pueden generar determinados comportamientos, como en el significado social que se les atribuye» —p. 472—. Pero cómo se determina esa valoración social no se explica. Solo apunta la posibilidad de que las llamadas conductas neutras sean conductas habituales o socialmente útiles (473). Pero las verdaderas dificultades vienen en estas conductas neutras donde el dolo no resulta tan evidente y los criterios que se ofrecen no son claros y se utilizan de manera desigual según el caso.

⁶⁰ Algunos defensores de la teoría de la probabilidad traicionan en estos supuestos sus propias premisas y admiten que basta aquí la representación de la mera posibilidad —véase los autores citados por PUPPE, NK, marg. 69-70—. MIR PUIG, PG, 6^a, pp. 249 y ss. admite que la presencia de la intención lleva la castigo por dolo aunque objetivamente el peligro esté por debajo del exigido para la imprudencia. MOLINA,

blema sólo se les plantea a quienes exigen un determinado grado de probabilidad pero desaparece en cuanto se baja el listón, pero quienes bajan el listón se encuentran con el problema contrario, la calificación

Antijuridicidad... pp. 709 y ss., que establece la diferencia del dolo con la imprudencia consciente en el grado de peligrosidad que el autor se representa, admite luego en cambio una excepción para el dolo directo donde la mayor gravedad se fundamentaría en la mayor lesividad desde el punto de vista social o simbólico que representa el elemento subjetivo de la intención propio de esta clase de dolo aunque la peligrosidad representada sea baja, pero con ello está admitiendo dos conceptos de dolo diferentes, con fundamento y elementos distintos. En cambio otros autores para ser coherentes con sus premisas han llegado a afirmar que debe responder por imprudencia quien parte de un riesgo no tolerado pero no suficientemente intenso como para caracterizar objetivamente el dolo, aun cuando haya actuado con intención directa de producir el resultado — MARTINEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 108 y ss. HERZBERG, JuS, 1986, pp. 642, PUPPE, pp 36 y ss. Hay que matizar que estos dos últimos autores no definen el peligro determinante del dolo según su magnitud sino según otros criterios como la evitabilidad del mismo por el propio sujeto, la víctima u otra persona (HERZBERG, JuS, 1986, p. 254 y ss.) pero si el sujeto no se asigna ningún dominio sobre la actuación de esa otra persona su confianza en que actúe sólo es un deseo y en realidad la posibilidad prevista de esa actuación únicamente ha venido a disminuir el grado de peligrosidad de la conducta, el grado de probabilidad de que se de el resultado — crítica que esta postura no consigue desembarazarse de criterios cuantitativos RODRÍGUEZ MONTAÑES, p. 94—. Parecería que la postura de HERZBERG al menos no hace depender la existencia del dolo de una cantidad mínima de riesgo al ser posible un riesgo muy pequeño pero no cubierto, pero no es así, porque este autor corrige su posición afirmando que los riesgos no cubiertos pero lejanos tampoco dan lugar al dolo en la medida en que la realización del tipo pueda considerarse un caso de auténtico infortunio (JuS, p. 256), aunque ciertamente no define cuán lejanos deban ser para excluir el dolo, que imputa, sin embargo, en el caso de las relaciones sexuales sin protección de un portador del virus del SIDA. Además la normativización es notable —aunque no total— pues basta que el sujeto se represente un riesgo no cubierto sin necesidad de que haga tal valoración personal del mismo. El juicio sobre si un riesgo sirve o no para fundamentar el dolo tiene una naturaleza meramente objetiva (JuS, p. 261). Por su parte PUPPE, *Vorsatz...* p. 45, NK, § 15, margs. 91 y 111, niega el dolo si a pesar de la intención directa el método elegido no parece objetivamente adecuado. Así, afirma que, por ej. en el caso de un portador del virus del SIDA que tuviera el fin de contagiar a otra persona y para ello realizase un único contacto sexual no tendría dolo de matar, dado que debido a la escasa probabilidad de éxito (aproximadamente un 2 %), su conducta no puede calificarse como una «estrategia idónea para matar». Que el contagio haya de calificarse de imprudente cuando el sujeto ha puesto en marcha un curso causal con esa finalidad me parece insostenible. Para PUPPE un peligro es propio del dolo cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado, o una estrategia generalmente apropiada para esa causación. La decisión de cuándo concurre método idóneo es algo que se valora de manera objetiva, igual que en la tesis de HERZBERG y no tiene por qué ser valorado por el sujeto, aunque es preciso que éste prevea el resultado como una posibilidad relativamente elevada (NK, § 15, margs. 90-92 y 99). La exclusión de la representación del sujeto de la cualidad del riesgo lleva sin embargo, a la conclusión, en mi opinión desafortunada, de no castigar por tentativa en los casos en que el sujeto actúa por ej. creyendo equivocadamente que el riesgo es no cubierto — así lo critica también RAGUÉS, p. 146—.

como dolosa de cualquier previsión de un riesgo y tienen que idear otros conceptos normativos difícilmente explicables como el de la habituación al riesgo de JAKOBS y además ello les impide dar contenido a la categoría de la imprudencia consciente o como mucho esta queda notablemente limitada⁶¹.

Por otro lado, estas concepciones con frecuencia corren el riesgo de dar preferencia a criterios preventivo generales y acabar castigando como delitos dolosos aquellas conductas que crean mayor alarma social,

⁶¹ Por cierto que la solución de RAGUÉS al caso Thyren es más que discutible: como la imputación del dolo no se basa según él en una especial peligrosidad de la conducta, aquí imputa dolo porque «disparar apuntando a otra persona» se valora socialmente como «conducta especialmente apta» y sin necesidad de acudir, dice, al (conflictivo) requisito de la intención —p. 476— ¿Para que la conducta se vea socialmente como especialmente apta no se exige al menos una peligrosidad objetiva de la misma que aquí faltaría? Dice Ragués que para imputar la realización del juicio de concreta aptitud lesiva se toman en cuenta determinadas cualidades de las conductas y no necesariamente la cantidad de riesgo que con ellas se crea —p. 476— pero resulta sorprendente que al hablar de valoración social de una conducta no exija siquiera un mínimo de peligrosidad objetiva. En realidad en el tratamiento de éste y de otros muchos ejemplos, parece que la indefinición de los conceptos «conducta especialmente apta— conducta neutra» y de los criterios mediante los que se imputa el conocimiento de la concreta aptitud lesiva sirve a RAGUÉS para definir así la conducta analizada según le convenga, es decir, según las intenciones del sujeto previamente reveladas al lector que después se dice no tener en cuenta, mediante el truco de concretar más o menos la conducta de manera que acabe o no pareciendo especialmente apta. Si el sujeto del ejemplo Thyren hubiese estado sólo jugando, probando sólo hasta dónde llegaba la bala, absolutamente convencido de que no iba a ser capaz de recorrer toda la distancia que le separaba de la víctima, ¿también consideraría RAGUÉS que la conducta era especialmente apta para matar según las concepciones sociales y le imputaría una tentativa de homicidio? En la página 458 acertar a otra persona con un arma de fuego disparada desde una ventana se califica como una conducta imprudente porque la conducta de «practicar el tiro al blanco con una señal de tráfico» se califica previamente como neutra, pero lo cierto es que lo único observable objetivamente es que una bala ha salido del arma en dirección a la víctima y la ha alcanzado, para poder calificar la conducta como «practicar el tiro» y no como «disparar apuntando a otra persona» como en el caso Thyren tenemos que conocer previamente la intención del sujeto. Otro ejemplo de lo manipulable del concepto de RAGUÉS: Saltarse un semáforo en rojo invadiendo un paso de peatones lleno de gente se define como conducta de conducir y se califica como *conducta neutra por excelencia* (p.510), pero en ese caso se niega el juicio de concreta aptitud lesiva. En la p. 495 arrollar a un grupo de personas a las que se había visto perfectamente era una dinámica comisiva que hacía imposible la no imputación de la concreta aptitud lesiva, en la p. 510, en cambio, no lo es. ¿Si variásemos las intenciones del sujeto en el ejemplo del semáforo dejando absolutamente intacta la conducta seguiríamos considerándolo un homicidio imprudente? El sujeto hace lo mismo, invadir el paso de peatones saltándose el semáforo y arrollando a varias personas, pero ya no declara ante el juez que fuera con prisa ni que esperara que se apartaran (declaraciones que en realidad deben ser indiferentes según Ragués), porque en realidad lo que quería era matarlos, pero claro, esto tampoco lo confiesa, ¿lo castigamos por mero delito imprudente como pretende RAGUÉS?

o que resultan más habituales, prescindiendo absolutamente del alcance subjetivo de la conducta⁶².

Quienes en cambio imputan el dolo conforme a las valoraciones sociales⁶³ corren el riesgo de dejar impunes conductas cometidas con dolo directo pero que aparezcan todavía como «interpretables» conforme al rol⁶⁴, o cuando se quiere evitar este efecto, se corre el riesgo de incurrir en la contradicción de conceder relevancia a determinados datos y manifestaciones para imputar el dolo pero no para negarlo⁶⁵ o de variar esas valoraciones sociales conforme al interés del intérprete, lo que en mi opinión se hace también con frecuencia⁶⁶. Además estas posiciones también comparten con la postura anteriormente expuesta el riesgo de decidir la imputación del dolo conforme a necesidades preventivo generales en conductas que crean una especial alarma social⁶⁷. Por supuesto para los autores que defienden estas construcciones el hecho de fundamentar el dolo conforme a las necesidades preventivo generales (tanto si se entiende ésta desde la concepción del Derecho penal como protector de bienes jurídicos como en la versión del funcionalismo sistémico)⁶⁸ no sería un error ni una consecuencia indeseable sino precisamente el método, ya que buscan fundamentar lo injusto y el mayor merecimiento de pena de los delitos dolosos a partir de los fines de la pena, asignado además a ésta un exclusivo papel preventivo. Estas construcciones, en mi opinión, acaban en una argumentación circular y carente de límites, que no puede mantenerse de forma coherente sin el riesgo de superar la medida de la culpabilidad⁶⁹.

⁶² LAURENZO, *Dolo...* p. 213 y 214, ejemplificando con la postura de DÍAZ PITA. RAGUÉS apela al «inequívoco sentido social» de la conducta para imputar el dolo de la forma más idónea desde el punto de vista de los efectos de la pena, pero a mi me parece que con esta imputación objetivada y normativizada se está dando preferencia a los fines preventivo-generales y puede en ocasiones superarse la medida de la culpabilidad cuando se imputa dolo a quien no contaba con los elementos psicológicos del mismo, posibilidad ésta última que él mismo prevé y cuya importancia sorprendentemente minimiza — p. 521— . Además el principal fallo de su teoría está, como ya he dicho, en la falta de explicación de cómo se conforman las valoraciones sociales por ej. en el caso de una conducta especialmente apta que no admite prueba en contra de la imputación del dolo.

⁶³ Para PUPPE p. 39, el peligro característico del dolo es el que crea una estrategia racional para la producción del resultado. La pena del delito doloso no se vincula a ninguna actitud interna sino a lo que el hecho manifiesta al exterior: que es un método idóneo para la producción del resultado.

⁶⁴ Véase supra la nota 52.

⁶⁵ Así en la posición de RAGUÉS.

⁶⁶ Véase supra la nota 61

⁶⁷ En mi opinión la postura de RAGUÉS es propicia a este resultado y así lo demuestra su solución del caso de la niña alimentada a la fuerza o el de la correa de cuero.

⁶⁸ Sobre las diferentes concepciones de la prevención general véase GIL GIL, *Homenaje a Cerezo*, ob. cit.

⁶⁹ Véase sobre todo ello con detalle GIL GIL, *Homenaje a Cerezo...* ob. cit.

Por último, hacer depender lo injusto de factores tan aleatorios como los que pueden hacer juzgar una conducta externamente como normal o como perturbadora, como puede ser el tipo de arma que se quiera utilizar o la profesión o el rol del sujeto⁷⁰, o del hecho de que conductas de ese tipo permitan alguna utilidad social, no parece ni dogmática⁷¹ ni político-criminalmente adecuado.

Además las posturas normativizadoras presentan otra serie de problemas: suelen ser incapaces de distinguir el dolo de peligro del de lesión ya que suelen identificar la conciencia de la peligrosidad de la propia conducta⁷² (o de una cierta magnitud o clase de peligro, o de los factores que identifican a la conducta socialmente como especialmente apta para producir un resultado) con el dolo de lesión, y tampoco pueden distinguir la tentativa con dolo eventual del delito de peligro⁷³, lo que resulta muy

⁷⁰ Así lo pone de manifiesto ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, p. 39

⁷¹ La solución es acorde con la concepción de lo injusto de los autores que defienden estos conceptos, pero en realidad son estas concepciones las que no me parecen adecuada —véase la crítica al funcionalismo sistémico en mi artículo sobre «Prevención general positiva...» en *Homenaje a Cerezo*, ob. cit.—

⁷² Así por ej. SCHMIDHÄUSER, Jus, 1980, p. 241, *Strafrecht*, p. 210, quien afirma que se da el dolo cuando el sujeto advierte la concreta posibilidad de producir el resultado. Sin embargo distingue la conciencia de la peligrosidad en abstracto de una conducta de la representación de la concreta posibilidad en su concreta situación, siendo esto último lo exigido por el dolo, y que puede faltar cuando el sujeto ha eliminado mentalmente esa posibilidad en su concreta situación. En sentido similar RAGUÉS, p. 175: «concorre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal», FRISCH, *Vorsatz...* p. 101, 117 y ss, 128, para quien existe dolo cuando el sujeto es consciente de que su conducta es apta para crear un riesgo concreto típicamente relevante, que el sujeto parta para sí de la posibilidad de realización del tipo en sus circunstancias concretas.

⁷³ Esto es común a todas las posturas que limitan el dolo a un elemento intelectual. Véase GIL GIL, RDPC, n.º 6, 2000, pp. 122 y ss. Analiza estas dificultades también RAGUÉS, pp. 173-174. Pero la solución que él propone tampoco parece satisfactoria. En su concepción (p. 509) el dolo de peligro concreto concurre cuando el sujeto ha actuado pese a ser consciente de que su conducta resultaba apta para generar un peligro concreto de acaecimiento de un resultado, pero negando a la vez en su específica situación a tal conducta la aptitud necesaria para producirlo (lo que sólo puede hacer en las conductas calificadas como neutras). Cuando esta última aptitud no se niega, sino que es efectivamente atribuida por el sujeto a su conducta, concurre dolo con respecto a la producción del resultado. El juicio de concreta aptitud lesiva presupone: La consciencia de que, en general, la conducta que se realiza supone bajo determinadas circunstancias, la creación de un riesgo apto para producir un específico resultado y un conocimiento situacional correcto: consciencia de que concurren en el caso concreto las circunstancias objetivas que hacen que el comportamiento resulte apto para producir el resultado. Lo que me parece discutible es que se pueda afirmar que alguien que conoce el potencial lesivo del instrumento que está usando y sabe de la posible presencia de hipotéticas víctimas en el ámbito de incidencia del riesgo creado con dicho instrumento puede a pesar de ello llegar a la conclusión de que en el caso concreto no va a producirse víctima alguna, es decir, no llega a realizar el juicio de aptitud lesiva necesario. Esto no me parece posi-

desaconsejable pues les lleva a negar el castigo de la tentativa con dolo eventual⁷⁴, y por lo general tampoco pueden explicar la imprudencia consciente, al identificar la conciencia de la peligrosidad de la propia conducta (en ocasiones incluso decidida normativamente a partir del grado de peligrosidad de la conducta o de la interpretación social que la misma merece según criterios también normativos) con el dolo de lesión⁷⁵.

ble salvo que el sujeto incluya nuevos datos que le hagan pensar que esos factores que en principio pensó posibles en realidad no se van a producir, en cuyo caso le faltará ya la conciencia de las verdaderas circunstancias o salvo que incluya la posibilidad de evitar el resultado por algún motivo, por ej. porque piense que puede controlar de alguna manera todavía el curso causal, de lo contrario, si ha reconocido todos los datos que identifican la peligrosidad de su conducta (la peligrosidad del medio empleado, la posibilidad de víctimas en el radio del peligro) es imposible que sin incluir ningún razonamiento más llegue a la conclusión de que no va a pasar nada (en todo caso sólo podrá esperar que no suceda nada, o pensar que hay más o menos posibilidades, pero no creerlo realmente habiendo reconocido lo anterior). Por otro lado, pese a que parezca lo contrario, en realidad RAGUÉS no puede distinguir dolo de peligro concreto de dolo de lesión, al identificar conocimiento de la concreta aptitud lesiva con dolo del resultado. Él dice que sí que lo distingue y que dolo de peligro concreto es cuando conoce la aptitud en abstracto de su conducta para generar un peligro concreto pero niega en su específica situación a tal conducta la aptitud necesaria para producirlo. Pero ¿cómo se le puede llamar a esto dolo de peligro concreto si el sujeto no se ha representado que su conducta concreta en la situación concreta pueda producir un resultado de peligro concreto? Lo que el sujeto imagina sobre peligrosidades en abstracto es absolutamente irrelevante si no lo atribuye a su conducta concreta, en su específica situación. ¿Cómo puede definir a la conducta concreta algo que no se piensa de ella o que no se le atribuye a ella? Para él el conocer el peligro concreto que supone su conducta es lo mismo que dolo de resultado. Es más, identifica el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta con el dolo de lesión. Todo el problema proviene, en mi opinión, de la primera afirmación de que el dolo es conocimiento de la posibilidad de causar el resultado que desconoce que quien se plantea como posible un resultado también y a la vez se plantea como posible lo contrario (su conducta puede ser por tanto también expresión objetiva de lo contrario). Esta postura excluye la posibilidad de imprudencia consciente, pues para la misma también será irrelevante la conciencia de peligros en abstracto que no se atribuyan a la conducta concreta.

⁷⁴ Así por ej. TAMARIT, «La tentativa con dolo eventual», pp. 551 y ss. O a afirmar contra legem que los delitos de peligro concreto no son dolosos (no se exige el dolo del peligro concreto que no pueden distinguir del de lesión), sino imprudentes —LAURENZO, p. 303—.

⁷⁵ Este defecto es común a las concepciones meramente cognitivas del dolo, —CERREZO MIR, *Curso*, II, p.153—, desde las cuales, como ya he dicho, hay un paso mínimo a la normativización a partir del grado de peligrosidad de la conducta. Véase también la nota 61. Así nuestro TS, por ej. en la sentencia de la colza que fundamenta el dolo en: «el conocimiento del peligro propio de la acción que supera el límite del riesgo permitido», y en otras muchas —véase LAURENZO, *Dolo...* pp. 169 y ss—. Esta definición no deja espacio para la imprudencia consciente, la misma se daría, según la sentencia, cuando el autor ha tomado medidas para evitar el resultado que le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que en tales casos habrá carecido del conocimiento de dicho peligro» (STS 23/4/92). Sin embargo, como se explica más abajo, esta argumentación es necesariamente falsa. Si el sujeto descarta el peligro, lo des-

Para finalizar este apartado contestaré brevemente a otras objeciones que se han realizado al elemento volitivo del dolo para, en el apartado siguiente pasar a explicar como creo que debe entenderse dicho elemento.

conoce, como afirma la sentencia, desde luego su imprudencia será inconsciente, luego nunca va a darse una imprudencia consciente, pues en el momento en que el sujeto sea consciente de la peligrosidad de la conducta se le imputará el dolo. En mi opinión en cambio, la imprudencia consciente se caracteriza por que el sujeto conoce la peligrosidad de su conducta, pero se atribuye mayores posibilidades de control del curso causal para evitar el resultado que de no controlarlo. Más acertada está, por tanto, la propia sentencia comentada, cuando más adelante afirma que hay que admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar. Ha acertado aquí en que lo esencial es la capacidad de control del peligro que se atribuya el sujeto, pero se equivoca de nuevo al exigir la seguridad de ese control, pues quien prevé un riesgo pero cree que tiene por ej. un 70 % de posibilidades de evitar el resultado mediante su dominio del curso causal, no debe ser castigado por dolo, ya que su finalidad de evitación ha excluido la de causación aún cuando siga previendo un resto de riesgo. Que no es necesario para excluir el dolo que el sujeto haya excluido el peligro al tener la *seguridad* de controlar el riesgo, se recoge también en la jurisprudencia, cuando, contradiciendo las exigencias recién comentadas, excluye el dolo en los casos en que la producción del resultado aparece como una «mera posibilidad» o «peligro mediato».

Si se ha dado o no ese pequeño paso entre la reducción del dolo a su aspecto intelectual y su objetivación completa es difícil de afirmar o negar dado el sistema de prueba basado en los indicios objetivos. En la sentencia que acabamos de comentar RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1995, p. 208 critica la objetivación del dolo y sin embargo según LAURENZO, *Dolo*, pp. 174 y ss, tal objetivación no se da. Los argumentos que da para ello sin embargo no son convincentes pues alega que «si los autores hubieran tomado medidas serias para neutralizar el peligro se hubiera eliminado el dolo», pero la exigencia de actos externos calificables además como «medidas serias» no es precisamente un criterio muy subjetivo. Debería bastar que los acusados pudieran argumentar, de una forma creíble, claro está, (lo que en el caso que nos ocupa tampoco hicieron), porqué creían que tal y como realizaban la acción tenían controlado el curso causal de manera que sus posibilidades de evitar la lesión fueran mayores que las posibilidades de la conducta de causarlo.

Este defecto comentado de las concepciones meramente cognitivas del dolo de no ser capaces de distinguir la culpa consciente no puede superarse desde dichas concepciones más que mediante una normativización de la diferencia entre ambas categorías que las distinga con base en la magnitud o la clase del peligro representado u otros criterios objetivos, que al final en realidad a lo que llevan es a variar el tipo objetivo (así por ej., HERZBERG, NJW, 1987, p. 1464; JZ, 1988, p. 641, distingue: dolo = representación de un peligro cubierto; culpa consciente = representación de un peligro no cubierto; culpa inconsciente = falta de representación del peligro, TAMARIT, «La tentativa con dolo eventual», afirma que el dolo exige la representación de un peligro cualificado), lo que demuestra que, como se adelantó en la nota 1 de este escrito, la eliminación del elemento volitivo del dolo supone ya una primera normativización del mismo. Sin embargo esta primera normativización es incompleta al conceder relevancia al verdadero conocimiento o representación, en sentido subjetivo, de la magnitud o clase de riesgo (TAMARIT), o en un segundo paso en la normativización, al conocimiento de los factores que determinan la clase de peligro (HERZBERG, PUPPE) mientras que la normativización completa se da cuando precisamente se imputa el dolo a partir la constatación objetiva de dichos factores.

Se argumenta, por ej. que el hecho de que el error de tipo sea capaz de excluir el dolo es un argumento contra la exigencia del elemento volitivo⁷⁶. Sin embargo esto no demuestra nada. Por supuesto si el dolo es conciencia y voluntad la exclusión de cualquiera de los dos elementos lo elimina, y eso es precisamente lo que se defiende desde una teoría volitiva, la exclusión de la voluntad concreta de realizar el tipo excluye el dolo de ese tipo concreto aunque no este regulado expresamente, igual que el error de tipo excluiría el dolo aunque no estuviese regulado expresamente. También se dice que el conocimiento juega un papel en todos los tipos penales y la voluntad no, pero esto tampoco es cierto, cualquier elemento del tipo cuya presencia no dependa exclusivamente de la voluntad de actuar del sujeto puede ser previsto como no absolutamente improbable y contarse con o por el contrario confiar en la no concurrencia de dicho elemento⁷⁷.

B. Los elementos volitivos del dolo

Como puede verse por los defectos denunciados, la renuncia al elemento volitivo y posterior normativización del dolo proviene, en gran medida, sobre todo en nuestra jurisprudencia, de las dificultades para distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente y de la inseguridad que se produce en el ámbito de la prueba de un elemento volitivo mal entendido.

Lo que ha quedado claro desde el principio de este trabajo es que el elemento volitivo de la «voluntad de actuar», consistente en la voluntad de realizar los siguientes actos ejecutivos, que necesariamente está presente en todas las clases de dolo, incluido el eventual y que es esencial para definir la tentativa inacabada no puede ser objetivado, ni normativizado, ni reducido a un elemento meramente intelectual⁷⁸.

La reducción a un elemento intelectual solo sería posible, por tanto, en relación a los elementos subjetivos referidos a elementos típicos cuya existencia no depende ya de la «voluntad de actuar» del sujeto. Se pue-

⁷⁶ RAGUÉS, p. 165, tomándolo de SILVA, *Aproximación*, p. 401.

⁷⁷ RAGUÉS, p. 165. Incluso se puede prever como no absolutamente improbable que lo que uno se está llevando sea ajeno y contar con ello, o por el contrario confiar en que, tal y como se piensa realizar la conducta (porque por ej. se va a poner cuidado en comprobarlo, aunque no se pueda llegar a estar al 100 % seguro) se conseguirá evitar llevarse la cosa ajena en lugar de la propia.

⁷⁸ Quien prevé como posible la realización posterior de otros actos pero todavía no está decidido a ello no tiene voluntad de actuar ni tiene, por tanto, resolución delictiva, no hay dolo de ninguna clase. Véase sobre la voluntad de actuar con mayor detalle GIL GIL, RDPC, n.º 6, 2000, pp. 125 y ss.

de discutir únicamente, por tanto, si ese elemento volitivo del dolo eventual referido a la producción del resultado o a la concurrencia de determinadas cualidades o circunstancias es algo más que el elemento intelectual, es decir, si es algo más que una concreción de conocimientos⁷⁹. Pero en todo caso no se puede afirmar que quien confía en la no realización del tipo descarta el peligro, pues en el ámbito de la probabilidad lo único que hacemos es concederle más opciones a un resultado o a su contrario. Que ello se pueda reconducir a un elemento intelectual en cuanto se trata de la previsión, a partir de unos datos con los que cuenta un autor, de que un suceso tenga más posibilidades de acaecer que su contrario, es posible, pero en ningún caso supone descartar la posibilidad de que suceda el hecho al que se ha otorgado menor probabilidad. Por lo tanto lo primero que tenemos que descartar por ser falso es la idea de que la previsión de la realización del tipo suponga el dolo. En la imprudencia consciente el sujeto ha previsto la posibilidad del resultado (ve por tanto su conducta como peligrosa = capaz de producir el resultado) pero confía en que éste no se produzca «porque tiene razones (= conocimientos o representaciones) —sea por su experiencia, su cuidado, etc.— para confiar en que (podrá dirigir el curso causal de modo tal que) evitará el resultado»⁸⁰.

Esto tampoco supone pasarse a una teoría de la probabilidad pues no es lo relevante el grado de probabilidad de que realice el tipo que el sujeto asigne a su conducta, sino que lo relevante es que el grado de probabilidad que asigne a su propia capacidad de evitar el resultado, de dirigir el curso causal de manera que no se realice el tipo, sea mayor que la que atribuye a que no lo controle y se pueda realizar el tipo. De esta manera, si el suceso es muy improbable pero las posibilidades de control de esa pequeña posibilidad son todavía más escasas o nulas, es decir, el sujeto prevé más posibilidades de no poder evitar el resultado que de sí poder evitarlo con su dominio del curso causal, entonces ya no confía en poder evitarlo. Por ej. un sujeto conduce a 250 km/h por una carretera por la que casi nunca pasa nadie, previendo que la posibilidad de alcanzar a otro vehículo es mínima, pero en el caso de que se encontrara otro vehículo en la vía (posibilidad que no puede descartar) también prevé que no ten-

⁷⁹ LAURENZO, *Dolo...* p. 87.

⁸⁰ WELZEL, *Strafrecht*, pp. 68-69 —paréntesis añadidos—. Realmente el afirmar que esa confianza es un elemento volitivo porque actúa en la toma de la decisión como decía WELZEL, no lo incluye en la finalidad, que es dirección del curso causal, hacia el futuro, hacia la consecución del fin, no importa las razones de la toma de decisión ni éstas configuran la finalidad, hay que descartar todo criterio de distinción que se base en elementos ajenos a la finalidad como actitudes, elementos emocionales, etc. Más bien el camino correcto es el apuntado por Armin KAUFMANN: ese confiar tiene que formar parte de la finalidad, pero ello solo se consigue refiriéndolo a la propia dirección del curso causal —ZStW, 70/1, pp. 64 y ss., en especial 73 y ss.—.

dría ninguna o escasísimas posibilidades de esquivarlo⁸¹. El sujeto no confía aquí en poder evitar el resultado, sólo espera que no se de, y esa esperanza no puede integrar su finalidad ya que no depende de su dominio del curso causal y por lo tanto no puede afirmarse una finalidad de evitación que niega la finalidad típica (el dolo)⁸². El mero deseo de que algo ocurra, cuando el sujeto no se atribuye ningún dominio sobre la producción del hecho no es dolo⁸³, ni finalidad, sino mero deseo irrelevante⁸⁴. Sólo cuando el sujeto considera mayores las posibilidades de evita-

⁸¹ Aquí la probabilidad de evitación mediante el dominio del curso causal se ve condicionada a la probabilidad de otro suceso (la presencia de otro vehículo en la vía) (si no hay otro vehículo no ha habido evitación del resultado sino buena suerte, salvo, claro está, que la no presencia de otro vehículo sea precisamente consecuencia del dominio del curso causal por el sujeto, que por ej, previamente cortó los accesos a esa carretera), lo que ocurrirá con frecuencia en multitud de ejemplos imaginables (que alguien pase por el lugar donde se pretende explosionar la bomba, etc.) , y ello hace que la probabilidad de evitación sea mucho menor $P(A \text{ y } B) = P(A) \times P(A/B)$ que la mera probabilidad de que no se de el resultado por otros motivos ajenos al dominio del curso causal por el sujeto. En caso de producirse un accidente debería imputársele a título de dolo pues incluyó tal resultado en su finalidad al no atribuirse la capacidad de evitarlo sino el mero deseo de que no pasara.

⁸² Por tanto, en contra de lo que afirma LAURENZO, *Dolo...* p. 172, en contra de la concepción volitiva y a favor de la meramente cognitiva del dolo, no es cierto que una confianza carente de fundamento pueda contrarrestar una voluntad favorable al resultado.

⁸³ CERZO, Curso, II, p. 106.

⁸⁴ A esta postura no me parece que le sea oponible la crítica recogida también por LAURENZO, *Dolo*, p. 276, de que «la convicción en la no realización del tipo puede encontrar su origen también en las posibilidades de evitación disponibles para la víctima o para un tercero». Si el sujeto ha excluido por completo la realización del tipo estaremos en el ámbito de la imprudencia inconsciente, no hay lugar a plantearse siquiera la posibilidad del dolo. Si el sujeto sigue viendo una posibilidad de realización del tipo sólo podrá excluir su dolo el hecho de que se atribuya algún dominio en la activación de la actuación de ese tercero que habrá de evitar según su plan el resultado. Si no tiene ningún tipo de control sobre la actuación del tercero y ha previsto la posibilidad de que éste no impida el resultado, el hecho de que efectivamente lo impida escapa de su capacidad de control y por lo tanto no puede atribuirse una posibilidad de evitar mediante su manejo del curso causal la realización del tipo, de donde el resultado no queda excluido de su finalidad por la existencia de una finalidad de evitación y por tanto debe imputársele a título de dolo. Es decir, esperar que alguien que puede o no impedir un resultado lo haga sin atribuirse ningún dominio sobre ello no deja de ser un mero deseo, mejor o peor fundado, pero que de ninguna manera configura la finalidad del sujeto y por tanto tampoco su dolo. En cambio, si el sujeto piensa que tal y como realiza la acción provocará la actuación del otro que evitará el resultado lo incorpora como un instrumento en su dirección del curso causal y excluirá el dolo. Por todo lo expuesto, aunque pueda parecer que la postura de LAURENZO COPELLO, *Dolo*, pp. 287 y ss., se parece a la aquí expuesta, en realidad presenta diferencias esenciales. Fundamentalmente, el hecho de admitir que se pueda confiar en la evitación del resultado por la actuación de un tercero o de la propia víctima sobre la que no se tiene ningún dominio da entrada a elementos ajenos a la finalidad, confundiendo el dolo con el mero deseo, pero esto obliga a la citada autora para evitar cosencuencias indeseadas a introducir el elemento normativo de la «racionalidad de la evaluación» (p.289) que ya no puede explicarse desde sus fundamentos y desde su pretensión inicial de conceder relevancia en todo caso al elemento ontológico del conocimiento. (Que los límites a los elementos subjetivos derivados de la exigencia de racio-

ción del resultado mediante su dominio del curso causal que las posibilidades de que su conducción del curso causal lleven al resultado existe una verdadera «finalidad de evitación»⁸⁵ que excluye la finalidad de producción del resultado⁸⁶. El admitir que se pueda «confiar» en la no pro-

nalidad suponen la inclusión de elementos normativos que deberían hacer cambiar a los autores que los defienden su concepto de dolo es puesto de manifiesto con razón por RAGUÉS, pp. 107-108). Además, el no partir para la definición del dolo de la finalidad, es decir de la dirección del curso casual por el sujeto, lleva a LAURENZO a definir el dolo exclusivamente en relación con la representación de una posibilidad de producción del resultado, concepto equivocado y que luego se muestra incoherente con su distinción dolo eventual/ imprudencia consciente —véase nota 87—. El incluir la previsión de factores independientes del propio control del curso causal como factor que excluye el dolo lleva finalmente, aunque no lo reconozca esta autora, a una teoría de la probabilidad, pues en definitiva, el error en las posibilidades reales de evitación del resultado no hace otra cosa que disminuir la cantidad de peligro a los ojos del autor (a diferencia de lo aquí propuesto donde lo relevante no es la cantidad de peligro sino las posibilidades de evitación asignadas al propio control del curso causal).

⁸⁵ Concepto ideado por Armin KAUFMANN —ZStW, 70/1, pp. 64 y ss.; ADPCP, 1960, pp. 185 y ss—. En la solución que aquí se propone se matiza la propuesta de KAUFMANN en dos puntos principalmente. En primer lugar no es necesario que la voluntad del autor se manifieste en el acontecer externo (ZStW, 70/1, p. 76), considerándose éste únicamente un problema de prueba. Es posible que la acción no se haya desarrollado todavía lo suficiente como para que manifieste objetivamente la voluntad de evitación o que los acontecimientos se hayan sucedido de tal manera que el sujeto finalmente no haya podido realizar sus planes de evitación como en principio ideó, es posible además, por supuesto, que el sujeto se equivoque sobre la capacidad del medio empleado para evitar la producción del resultado y ello no excluye la voluntad de evitación si él consideró que tenía mayores posibilidades de evitación. Basta, por tanto, con la representación del sujeto de las mayores posibilidades de evitación de su dirección del curso causal. En segundo lugar el requisito de que el sujeto atribuya una auténtica posibilidad de éxito a su acción de evitación (ZStW, 70/1, p. 77) se concreta aquí en que otorgue mayores posibilidades a su capacidad de evitar el resultado mediante su dominio del curso causal que a lo contrario. Con esta precisión creo que se salvan también las objeciones que planteó STRATENWERTH, ZStW, 71/1, p. 61 y ss., a la posición de KAUFMANN, pues no se trata ya de que tenga finalidad de evitación quien intenta simplemente evitar el resultado, ni tampoco, siquiera quien hace todo lo posible por evitar el resultado —puede que todo lo posible aparezca aún como insuficiente—, sino sólo aquél que estima que su dirección del curso causal ofrece mayores posibilidades de evitar el resultado que de causarlo. De esta manera no se puede afirmar que quien tiene finalidad de evitación puede sin embargo todavía contar con el resultado, como pretende STRATENWERTH, ya que ese contar con se referiría únicamente a un tenerlo por posible (quizás aderezado con algún elemento emocional que aquí se considera irrelevante —para STRATENWERTH el «tomar en serio»—), mientras que el «contar con» que aquí se pretende definir consiste en algo más, en integrar la finalidad de realización, que quedará excluida si el sujeto confía en su no producción, es decir, si tiene finalidad de evitación. Finalidad de evitación y finalidad de causación se excluyen pues mutua y necesariamente. Se excluyen matemáticamente.

⁸⁶ De la misma manera, cuando las posibilidades de producción de un resultado son muy altas observada la conducta ex ante de manera objetiva en el momento en que comienza a ejecutarse, habrá que excluir el dolo eventual si el sujeto puede argumentar que a pesar de ello eran todavía mayores sus posibilidades de dominar el curso causal de manera que consiguiera evitar el resultado que las de no conseguirlo.

ducción del resultado (excluir el dolo) simplemente porque el resultado aparezca como muy poco probable a pesar de que el sujeto no se atribuya ninguna capacidad en la evitación del mismo en el momento en que pone en marcha el curso causal capaz de producirlo supone adherirse a una teoría de la probabilidad que acaba en una normativización del dolo con base en la magnitud del peligro causado y que se encuentra en serias dificultades cuando tiene que explicar un dolo directo con medios escasamente peligrosos. En la postura que defiende, tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente el sujeto es consciente del peligro⁸⁷ que su conducta comporta, pero en el primer caso las probabilidades que asigna a su dominio del curso causal de conseguir evitar ese resultado

⁸⁷ No es cierto, por tanto, en contra de lo que afirma LAURENZO, *Dolo*, p. 102, que la previsión por el sujeto del resultado, *siquiera sea como posibilidad*, de la acción en la forma concreta que se ha elegido para realizarla suponga sin más que ese resultado se ha querido, pues para ello sería necesario además que el sujeto no hubiera previsto que esa forma concreta de realizar su acción (o mejor su dirección del curso causal) tuviera *mayores posibilidades* de evitar el resultado. Igualmente es falso que la representación de posibilidades de control del curso causal suponga no reconocer el peligro de la propia conducta, dejando así de contar con él, o que deseche la posibilidad de realizar el tipo (p. 290, siguiendo, según afirma, a STRATENWERTH). Y LAURENZO debería darse cuenta de lo insostenible de estas afirmaciones cuando ella misma reconoce, contradiciéndolas, que en la culpa consciente el sujeto no ha ignorado por completo el peligro, sino que «al evaluar de forma equivocada las posibilidades de control del suceso... no es consciente ... de crear una situación de *total inseguridad* para el bien jurídico» (cursiva añadida). Es decir, esta definición del dolo eventual a partir de su diferencia de la culpa consciente debería llevarle a modificar su concepto de dolo. A este respecto hay que recordar las enseñanzas de las matemáticas que parecen olvidárseles a todos aquellos que afirman que la conciencia de una posibilidad supone descartar la de la contraria o supone integrar ese suceso que se ve *como posible* en la voluntad. Esto es falso. La probabilidad de un suceso no excluye la de su contrario salvo que se trate de un suceso seguro. En todos los demás casos $P(A) = 1 - P(\text{no}A)$. Si un suceso aparece como posible pero no seguro su contrario aparecerá igualmente como posible en un grado de probabilidad dependiente de la probabilidad que asignemos al primero. Prever algo como posible (pero no seguro) supone prever al mismo tiempo lo contrario como posible. Por tanto sólo estableciendo el grado de probabilidad que atribuye el sujeto a cada uno de los dos sucesos antagónicos a partir de su dirección del curso causal podremos decidir cuál de los dos es integrado en su finalidad, sin que ello signifique borrar la previsibilidad (en este caso como posibilidad con menores probabilidades) de que suceda el otro, pues la misma es consustancial a la teoría de la probabilidad. Por eso mismo no creo que sea el «emprender la acción a pesar de ser consciente del riesgo que ella entraña» lo que pone de manifiesto desde la perspectiva social que el sujeto se guía por valoraciones contrapuestas a las del Derecho, como afirma LAURENZO, pp. 242-243, siguiendo a FRISCH. Todo el mundo emprende acciones arriesgadas todos los días (desde conducir hasta invertir en bolsa) que no se interpretan socialmente como afirmadoras del resultado negativo previsible. Sólo el emprender una acción siendo consciente de que entraña un riesgo y no asignándose más posibilidades de controlar ese riesgo que de no hacerlo puede ser interpretado socialmente como una negación de la valoración implícita en la norma. Sólo ello refleja realmente una pautas de orientación del actuar externo contrarias al ordenamiento jurídico. En el caso contrario sólo se puede interpretar que el sujeto orienta su conducta a la evitación del resultado y no a su causación.

posible son menores que las que asigna a no poder evitarlo, con lo que podemos afirmar que cuenta con la posibilidad de realizar el tipo, que la realización típica se integra en su voluntad de realización, en su finalidad, mientras que en la culpa consciente el sujeto confía en que no se realizará el tipo, es decir, confía en que conseguirá mediante su dominio del curso causal evitarlo, es decir, ha asignado mayor probabilidad a su capacidad mediante su dominio del curso causal de evitar la realización típica que a lo contrario, puede afirmarse pues su finalidad de evitación (dirección consciente del curso causal hacia la evitación) y la inexistencia de finalidad de causación. La conciencia de tener mayores posibilidades de evitación del resultado que de no evitación mediante el dominio del curso causal no excluye la conciencia de la peligrosidad de la propia y concreta conducta, sino la finalidad de causación, mediante la concurrencia de una finalidad de evitación.

La afirmación o negación de la finalidad (y del dolo) no guarda ninguna relación con la magnitud del peligro que el sujeto atribuya a su conducta, sino con su dirección del curso causal, por ello en un supuesto de dolo directo el sujeto puede utilizar conscientemente un medio escasamente peligroso, lo que no impide considerar su conducta como dolosa, pues lo esencial para la afirmación del dolo es que el sujeto ha *dirigido* un curso causal a la realización del tipo, mientras que en la culpa consciente puede haberse previsto el mismo grado o mayor de peligrosidad de la conducta pero no puede afirmarse la finalidad típica ya que en este supuesto el sujeto ha previsto que pese a la posibilidad de realización del tipo su dominio del curso causal conseguirá evitarlo (cuenta con mayores posibilidades de evitarlo), con lo que ya no puede afirmarse la finalidad típica, el dolo⁸⁸.

⁸⁸ Por la misma razón, la irrelevancia del grado de peligrosidad de la conducta para la afirmación o negación del dolo, en la variación del caso Thyren comentada por LAURENZO, Dolo, p. 194, en la que el sujeto no tiene la intención de matar sino sólo de probar el arma y ha previsto que las posibilidades de alcanzar a la víctima son muy escasas dada la enorme distancia que los separa, en contra de lo que defiende esta autora, no excluiríamos el dolo, pues aunque las posibilidades fueran escasas, si el sujeto ha previsto esas posibilidades y no se atribuye ninguna capacidad de evitar el resultado una vez puesto en marcha el curso causal (disparar en dirección a la víctima), cuenta con la posibilidad del resultado, no puede confiar en su no realización, queda integrado en su finalidad. Sólo si verdaderamente el sujeto no ve posible la producción del resultado (entiende que la bala no puede recorrer con la fuerza suficiente toda esa distancia) o si se atribuye alguna capacidad de evitar el resultado mediante el control del curso causal (lo que en el ejemplo ya no es posible una vez que ha disparado pues la tentativa es acabada y el curso causal ha salido de su dominio) se excluirá el dolo. En cambio, en el ejemplo de un artista de circo que se considera un experto tirador y se atribuye la capacidad de acertar el disparo a la manzana colocada en la cabeza de su ayudante, habrá que descartar el dolo de matar, pues aunque el sujeto prevea la alta peligrosidad de su conducta (la posibilidad de matar o herir a una persona cuando se dispara a un pequeño objeto colocado directamente sobre su cabeza) atribuye mayores posibilidades a su capacidad

Puesto que, como hemos visto, tanto en el dolo eventual como en la imprudencia consciente el sujeto es consciente de la posibilidad de que se produzca el resultado (aunque en la segunda ve más posibilidades de evitarlo mediante su dirección del curso causal) en esta construcción sigue siendo posible la útil distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión⁸⁹, que desaparece en las posturas que critico y también es posible la convivencia de la tentativa con dolo eventual junto con los delitos de peligro⁹⁰, así como la distinción, dentro de los delitos de peligro, tal y como prevé el Cp, entre la comisión dolosa y la imprudente⁹¹.

de dirigir el curso causal (apuntar con acierto a la manzana y no a la cabeza) que a la de no ser capaz de dirigirlo y dar a la víctima en la cabeza.

No me parece acertada, por otra parte, la afirmación de que en el dolo de consecuencias necesarias el resultado se prevé como seguro o prácticamente seguro, — LAURENZO, *Dolo*, p. 188, RAGUÉS, p. 163, CUELLO, *El Derecho penal español*, p. 664, MIR, 7ª, p. 265—. En esta clase de dolo el resultado se ve como una consecuencia necesariamente unida a la consecución del fin, pero la probabilidad del mismo se ve por lo tanto condicionada a la de la realización de otro suceso que puede no ser seguro y de cuya probabilidad dependerá la suya propia. Es decir, de darse el suceso A, que es el fin del sujeto, se dará necesariamente el suceso B, pero el suceso A puede tener una probabilidad escasa de producirse a pesar de ser el fin, con lo que la probabilidad de que se de el suceso B es igual de escasa. Ej. un sujeto quiere matar a otro que circula en un vehículo conducido por un chofer y para ello elige el único medio del que dispone en ese momento que es arrojar una granada al paso del vehículo, pero sabe que dada la distancia que le separa de la carretera es muy difícil que consiga arrojar la granada con tal fuerza que alcance al vehículo, sin embargo, de alcanzarlo y conseguir matar a la víctima necesariamente mataría a la vez al chofer. El sujeto tiene dolo directo de primer grado respecto de la muerte de la víctima y de segundo grado respecto del chofer, todo ello con independencia de la escasa probabilidad de éxito que atribuye a su intento. Por lo tanto, en contra de lo que afirma LAURENZO, el suceso B no se considera querido porque el sujeto lo vea como seguro, que lo ve tan inseguro como el suceso A, sino porque al ir necesariamente unido a su fin lo integra igualmente en su finalidad. En todas las clases de dolo sin excepción, según la postura que mantengo, y en contra de las afirmaciones de LAURENZO, pp. 193-202, lo relevante es la inclusión del resultado en la finalidad del agente y no el grado de peligrosidad de la conducta o el grado de probabilidad con que el sujeto prevea el resultado, por lo que sí es posible encontrar un sustrato común a todas las clases de dolo: la finalidad rectora de la acción típica.

⁸⁹ Para que el sujeto tenga dolo de peligro abstracto sólo es necesario que conozca y quiera la peligrosidad de su conducta, para que tenga dolo de peligro concreto sólo es necesario que conozca y quiera la peligrosidad de su conducta (cuente con que la misma tenga posibilidades de lesionar el bien jurídico) y el hecho de que el bien jurídico está entrando en el radio de acción de su conducta peligrosa, excluyéndose el dolo de lesión si a pesar de prever en ese momento la no absoluta improbabilidad de producción del resultado concede más posibilidades a que su manejo del curso causal consiga evitarlo.

⁹⁰ Véase GIL GIL, RDPC, n.º 6, 2000, pp. 123 y ss.

⁹¹ No estoy de acuerdo con ROMEO — en *Homenaje a Cerezo*, p. 957—, en que no sea posible distinguir en los delitos de peligro abstracto entre la comisión con dolo eventual y la imprudencia consciente, pues opino que no es acertado el punto de partida de este autor que le lleva a tal conclusión, ya que el dolo, con sus elementos intelectual y volitivo, se debe referir sólo a los elementos típicos, y por tanto es indiferente que no sea posible encontrar como él dice una diferencia estructural del elemento volitivo por referencia de este a un resultado que como bien reconoce, no forma parte del tipo, ya que el

Una vez descartada la peligrosidad de la conducta y otros criterios basados en la interpretación de la conducta objetiva por las valoraciones sociales como posibles sustitutos del elemento subjetivo en la fun-

elemento volitivo deberá referirse únicamente a los elementos típicos, es decir, a la peligrosidad de la acción. De esta manera, la anticipación de la consumación formal que supone la construcción de un delito de peligro abstracto debe buscarse igualmente en el tipo subjetivo y no se trata ya, como en los delitos de resultado, de «la actitud que adopta el sujeto sobre el hecho proyectado ante la representación de la posibilidad de producción del resultado», sino de su actitud ante la representación de la posibilidad de realización de la acción típica (no me refiero a la posibilidad de actuar pues el que sólo ve como una posibilidad el realizar una acción no tiene voluntad de actuar, elemento integrante de toda clase de dolo —vease GIL GIL, «El concepto de intención...», *ob.cit.*—, si no a la posibilidad de que en ese actuar suyo se den precisamente las características de la acción que el tipo exige, en nuestro caso la peligrosidad), es decir, ante la posibilidad ya de que la conducta proyectada sea peligrosa. Dice ROMEO que no resulta admisible considerar que el sujeto cuando es consciente de la peligrosidad de su acción pueda confiar en que la misma en realidad no va a ser peligrosa. Efectivamente esto sería una contradicción, pero solamente porque está mal planteado: no se trata de que el sujeto sea consciente de su peligrosidad, sino, de que la vea como no absolutamente improbable, momento a partir del cual sí puede darse la distinción de que cuente con esa posibilidad o en cambio, a pesar de haber previsto la no absoluta improbabilidad de que la acción sea peligrosa, confie en que finalmente no lo sea. Uno puede plantearse que si traducimos la peligrosidad de la acción por su significado: la no absoluta improbabilidad de producción del resultado, todo queda en un juego de palabras que no pretende sino despistar escondiendo la primitiva conclusión de que el sujeto finalmente es consciente de la peligrosidad de su conducta y no puede confiar en que no lo sea, pero lo cierto es que la peligrosidad de la conducta, es decir, su aptitud para producir un resultado lesivo, la no absoluta improbabilidad de que produzca un resultado lesivo, puede depender de una cualidad de la misma que en el momento de la realización tampoco aparece segura para el sujeto sino sólo posible o no absolutamente improbable, con lo que al contar con la probabilidad de que se dé esa cualidad de la acción es cuando cuenta con la probabilidad de que la misma sea apta para producir el resultado final, es decir, peligrosa, mientras que si confía en que la cualidad no se dé también puede confiar en que la acción no sea peligrosa es decir, en que realmente no exista la posibilidad de que el resultado final vaya a producirse. Así, por ej, alguien puede realizar un vertido sin haber comprobado previamente si la sustancia que se arroja al río es o no tóxica porque no se ha analizado con anterioridad el índice de contaminación de la misma y contando con o por el contrario confiando en que no sea tóxica (contenga un índice superior al permitido de determinada sustancia) y por tanto contando con o por lo contrario confiando en que no sea peligrosa, es decir apta para producir el resultado lesivo. Matemáticamente se trataría de un suceso condicionado a otro: $P(A \text{ y } B) = P(A) \times P(A/B)$. Sólo si la sustancia vertida contiene elementos contaminantes por encima de lo tolerado, cuestión que el sujeto que realiza el vertido no sabe segura en ese momento y que aparece entonces únicamente como una probabilidad, el vertido será contaminante y peligroso, susceptible de causar un resultado lesivo, en cambio, si la primera condición no se da, el vertido cuya toxicidad no se ha evaluado no alcanza el grado de toxicidad suficiente, la conducta no es peligrosa. En el momento de realizarse la conducta ambas condiciones sin embargo, aparecen como posibles al autor, que entonces podrá actuar, según cuál sea el elemento volitivo, con dolo eventual o con imprudencia consciente. Por lo tanto, que el elemento volitivo quede limitado en estos casos a la propia acción no significa que el sujeto no pueda o bien contar con o en cambio confiar en la no producción de la cualidad de la acción exigida por el tipo.

damentación de lo injusto podemos afirmar —una vez más— que al tipo subjetivo de los delitos dolosos pertenecen el dolo y los demás elementos subjetivos de lo injusto. Lo injusto de los delitos dolosos de acción está integrado, en su forma completa, por un desvalor de acción y un desvalor de resultado. El desvalor de la acción estará constituido por el dolo, los demás elementos subjetivos de lo injusto, la infracción de deberes en los delitos especiales, el modo, forma o grado de realización de la acción y la peligrosidad de la misma⁹². El desvalor de resultado estará constituido por la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico⁹³.

Aunque lo injusto prototípico esté constituido por un desvalor de acción y un desvalor de resultado ello no impide la existencia de injustos parciales en aquellos casos en que el legislador ha decidido el adelantamiento de la punición a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico y en el que no es necesaria siquiera la puesta en peligro concreto del mismo. Así sucede en los actos preparatorios, en la tentativa (sólo en la acabada es posible pero no necesario que se produzca una puesta en peligro concreto del bien jurídico), en los delitos de peligro abstracto y en todos aquellos tipos que se consuman formalmente en un momento anterior a la lesión del bien jurídico.

C. Otros elementos subjetivos de lo injusto

La reflexión con la que terminaba el apartado anterior me da pie a hablar de los elementos subjetivos de lo injusto diferentes del dolo⁹⁴, que en mi opinión pueden cumplir dos funciones diferentes: o adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la con-

⁹² CEREZO, *Curso*, II, p. 154. Me parece errónea la distinción que lleva al desvalor de acción únicamente los aspectos subjetivos del tipo, limitándolo, por tanto, al desvalor de intención y asigna al desvalor de resultado todo lo objetivo, aun cuando sean cualidades o elementos de la acción y el bien jurídico no haya sido lesionado ni puesto en peligro concreto. Esta es por ej. la postura de QUINTERO, *Manual*, pp. 291-292. En mi opinión esta concepción carece de fundamento pues no responde realmente a la distinción entre la acción realizada (infracción de la norma de determinación) y el efecto sobre el bien jurídico (perfección de lo injusto) y además desconoce la unidad subjetivo-objetiva de la acción. En contra de la misma véase GALLAS W., *Bockelmann Fs*, pp. 155 y ss.

⁹³ CEREZO, *Curso*, II, p. 154. El peligro abstracto es únicamente peligrosidad de la acción y por lo tanto desvalor de acción. El principal problema de los delitos de peligro abstracto está en que con frecuencia se califican erróneamente como tales delitos que en realidad son de lesión de un bien jurídico supraindividual —sobre ello véase mi libro *Derecho penal internacional*, pp. 164 y ss.

⁹⁴ GIL GIL, A., RDPUNED, n.º 6, 2000.

sumación, o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar⁹⁵.

En el primer caso nos encontramos con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico -o bien hacia la realización de una segunda acción cuyo resultado o cuya mera realización representará la lesión del bien jurídico—. La lesión del bien jurídico —o la realización de esa segunda conducta cuyo resultado o mera actividad identificará la lesión del bien jurídico— queda fuera del tipo objetivo, no es preciso que se realice, y por ello hablamos de tipos de consumación anticipada, ya que la consumación del delito (que es un concepto formal) se adelanta a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico, que suele ser el momento elegido generalmente para establecer la consumación. En este grupo se encuentran los delitos de resultado cortado y mutilados de varios actos. Por ello, en los casos de delitos cuya configuración tiene una estructura de meros actos preparatorios o de una tentativa castigada como delito consumado, es decir, en los delitos mutilados de dos actos y los delitos de resultado cortado en los que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado⁹⁶, se trata de delitos que se consuman formalmente antes de la lesión

⁹⁵ Las clasificaciones de los elementos subjetivos de lo injusto son muy diversas. Por poner sólo un ejemplo, CERESO MIR, *Curso II*, p. 122, distingue los delitos de intención, en los que incluye delitos de resultado cortado y mutilados de dos actos, delitos de tendencia y delitos de expresión. En ocasiones es difícil discernir si un elemento subjetivo puede calificarse como fin, en el sentido de que se encuentra más allá del tipo objetivo, que se trata de una finalidad a cuya consecución se dirige la acción y que se alcanzará quizás en un momento posterior a la realización del tipo objetivo, o si por el contrario se trata de una tendencia que se sitúa detrás de la conducta objetiva, concretándola y dotándola de un significado más preciso. Ejemplos de elementos subjetivos de lo injusto de difícil encuadre según esta clasificación son el ánimo de lucro o el *animus iniurandi*. Pero en mi opinión lo importante en una clasificación de los elementos subjetivos no es el dato de si se trata de fines o de tendencias, sino precisamente su efecto y el papel que juegan en el tipo. Por ello prefiero hablar de tendencia interna trascendente que define la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico y de elementos subjetivos que por el contrario concretan la conducta punible, de entre aquellas que serían subsumibles en el tipo objetivo. Con ello se evita, por una parte, hablar de intenciones o fines, lo que podría prejuzgar una dirección de la voluntad a un fin perseguido de manera directa, pues se trata precisamente de dilucidar si esta visión es adecuada. Por otra parte, con esta clasificación parece más clara y útil la inclusión de un elemento subjetivo en una u otra categoría con independencia de la redacción concreta que haya recibido. Así, por ejemplo, como se explica a continuación en el texto, el ánimo de lucro pertenecerá al segundo grupo, tanto si se entiende como fin como si se entiende como tendencia, y también el ánimo de injuriar, y a este grupo pertenecerán igualmente el ánimo lúbrico o la tendencia voluptuosa (delitos de tendencia) o la discordancia entre lo manifestado y lo sabido en los delitos de expresión.

⁹⁶ Nótese que partimos, por tanto, de un concepto de «delito de resultado cortado en el que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado», por lo tanto muy estricto y que no se identifica con cualquier delito de tendencia externa trascendente, sino úni-

o peligro del bien jurídico, y en los que se castiga únicamente la peligrosidad de la acción⁹⁷ sin exigirse un efectivo resultado de lesión o de peligro para un bien jurídico⁹⁸. El resultado material o la mera activi-

camente con aquellos en que la intención trascendente va referida al resultado que identifica la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico. Con ello obviamos la objeción de GHERIG, K., *Der Absichtsbegriff...* pp. 41 y ss., al paralelismo entre los delitos de resultado cortado y la tentativa, pues en el contenido que aquí se da a esta terminología coincide con el autor citado en los delitos en los que éste admite dicho paralelismo — ob. cit. p. 43 y pp. 79 y ss.—, excluyendo del mismo los delitos en los que el elemento subjetivo viene a limitar o concretar la conducta y aquellos otros en que el mismo se refiere a la voluntad de realizar un segundo acto (delitos mutilados de varios actos). No ve tampoco este paralelismo POLAINO NAVARRETE, M., *Zipf-Gd*, pp. 283 y 292, ni para los delitos de mero resultado cortado ni para los mutilados de varios actos, de los que llega sorprendentemente a afirmar que «la consumación depende de la consecución de la meta final perseguida por el autor», lo que contradice la descripción típica y elimina la razón de ser el elemento subjetivo en estos delitos.

⁹⁷ En aquellos que todavía no llegan a la estructura material de una tentativa acabada esa peligrosidad no será nunca algo objetivo o externo, sino un juicio objetivo sobre los aspectos objetivo y subjetivo de la conducta, pues, como ya he señalado, la propia peligrosidad no puede advertirse sin tener en cuenta la voluntad de actuar del sujeto (elemento subjetivo). Pero también conviene aclarar aquí que no seguimos un concepto de desvalor de la acción limitado al desvalor de la intención, sino que incorpora todas las características de la acción, como por ejemplo su peligrosidad. En realidad es siempre una peligrosidad objetivo—subjetiva, porque tiene en cuenta los conocimientos especiales del autor, pero aún cuando en un caso concreto la peligrosidad fuera objetivamente comprobable, por haber llegado al grado de la tentativa acabada y por coincidir los conocimientos del autor con los que tendría un espectador imparcial, dicha peligrosidad seguiría siendo una cualidad de la acción y por lo tanto pertenecería al desvalor de acción. Limitamos, por lo tanto, el concepto de desvalor de resultado, frente a otras concepciones que incluyen en éste la peligrosidad objetiva, al efecto sobre el bien jurídico. Para que se dé un desvalor de resultado en un delito doloso será necesario que el objeto del bien jurídico haya al menos entrado en el radio de la acción peligrosa objetivamente (tentativa acabada), pues sin peligrosidad objetiva de la acción (apreciable externamente sin deber tener en cuenta la «voluntad de actuar» del sujeto, —aunque sí introduzcamos en el juicio de peligro los conocimientos especiales del autor, con lo que en puridad no es una peligrosidad «objetiva»—) no puede haber resultado (efecto externo y separable de la acción) de peligro.

⁹⁸ Véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, AT, I*, pp. 191 y 192; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, 2. Aufl. p. 91, marg. 50; JAKOBS, *Strafrecht, AT, 2* Aufl., p. 176, marg. 93; pp. 307-308, margs. 89-90 y p. 706, marg. 2; *Derecho penal*, p. 215 y pp. 370-371; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...*, p. 38; GRACIA MARTÍN, L., «El «iter criminis» en el Código penal español de 1995», pp. 262 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, p. 403; SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, p. 154; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 345. Numerosos autores manejan dos clasificaciones paralelas que se superponen por corresponderse con el mismo fenómeno observado desde perspectivas diferentes. Así, desde el punto de vista de la relación entre la consumación y la lesión del bien jurídico se habla de delitos de consumación anticipada o de emprendimiento (impropio) y de preparación, mientras que si se fija la atención en el elemento subjetivo se habla de delitos de resultado cortado o mutilados de varios actos (COBO/VIVES, *DP*, 1999, pp. 434 y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 267). Combinando ambas clasificaciones, tenemos que los delitos de consumación anticipada pueden dividirse en delitos en los que se castiga una tentativa acabada o inacabada y deli-

dad descritos en el tipo objetivo y que suponen la consumación formal del delito constituyen en el plano valorativo, sin embargo, un mero acto ejecutivo o preparatorio en el camino hacia la lesión del bien jurídico que viene indicado por el elemento subjetivo. Estos elementos no pueden ser objetivados pues precisamente hacen referencia a la finalidad del autor de conseguir el resultado fuera del tipo o con frecuencia más específicamente a su voluntad de actuar: de realizar el siguiente acto, en los delitos mutilados de varios actos, elemento que de ninguna manera es objetivable⁹⁹.

En el segundo grupo de elementos subjetivos mencionado nos encontramos en cambio con elementos subjetivos que no identifican por sí solos la lesión del bien jurídico sino únicamente la concreta forma de lesión que se quiere castigar. En estos casos la lesión del bien jurídico podría producirse igualmente sin la concurrencia del elemento subjetivo, pero no es esa la lesión que la ley quiere castigar, sino únicamente aquella forma de lesión que el elemento subjetivo viene a definir. En este grupo se encontraría, por ejemplo, el elemento subjetivo del ánimo de lucro que viene a identificar la forma de lesión del bien jurídico patrimonio que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos dejando por el contrario impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien, como por ejemplo el llamado «hurto de uso». La conducta descrita en el tipo objetivo —por ejemplo el tomar una cosa ajena— supone sin más una perturbación del bien jurídico, pero el elemento subjetivo viene a reducir el ámbito de dicha conducta más amplia a aquella otra más concreta dentro de la primera que se considera realmente digna de castigo por perturbar el bien jurídico de una manera más grave —tomar una cosa ajena con ánimo de lucro—¹⁰⁰. En mi opinión sólo estos podrían ser objetivados si el legislador encuentra la manera de describir correctamente la conducta lesiva de manera objetiva.

tos en los que se castiga un acto preparatorio. En el primer caso se trata, con relación al elemento subjetivo trascendente, bien de delitos de resultado cortado en el caso de tentativa acabada, pues el sujeto sólo debe ya esperar el acaecimiento del resultado que vendría a identificar la lesión del bien jurídico, bien de delitos mutilados de varios actos, en el caso de tentativa inacabada, pues el sujeto debe tener la intención de realizar uno o varios actos posteriores que seguirán siendo actos ejecutivos cuyo resultado o mera actividad representa la lesión del bien jurídico. El segundo supuesto, el referido a los delitos que valorativamente castigan un acto preparatorio, se corresponderá siempre con un delito mutilado de varios actos, pues por definición los actos preparatorios deberán realizarse con la intención de cometer posteriormente el delito.

⁹⁹ GIL GIL, A., RDPCUNED, n.º 6, 2000.

¹⁰⁰ Véase ROXIN, *Strafrecht*, 3. Aufl., pp. 368 y ss., margs. 12 y ss.; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...*, pp. 45 y ss. y 60 y ss.

III. Lo subjetivo en la fundamentación de lo justificante.

A. La imposibilidad de objetivar lo justificante

Todo lo dicho sobre el concepto de injusto y la insustituibilidad de lo subjetivo en la fundamentación del mismo es aplicable a la justificación si partimos, como me parece que exige la coherencia, de la necesidad del paralelismo entre la formación y la exclusión de lo injusto.

A partir de la ruptura que supuso el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto la doctrina comenzó a reconocer la existencia de elementos subjetivos también en las causas de justificación. Pero el reconocimiento fue, y sigue siendo en una parte minoritaria de la doctrina, un reconocimiento limitado. La presencia de un elemento subjetivo se acepta todavía por una parte de la doctrina excepcionalmente tanto en los tipos de lo injusto como en los de las causas de justificación cuando la redacción legal obligue a ello¹⁰¹, lo que se corresponde con una concepción de lo injusto que trataba de aferrarse a su carácter objetivo —mal entendido¹⁰²— y a una concepción de las normas como normas de valoración¹⁰³. La constatación de elementos subjetivos de justificación es absolutamente incompatible con una concepción objetiva de lo injusto¹⁰⁴, entre otras cosas, porque en la mayoría de los casos ese elemento subjetivo especial no es sino la parte trascendente del «dolo de justificación» de un tipo de justificación de consumación anticipada, y por lo tanto su existencia y su constatación presupone la del resto del elemento subjetivo de dicha causa de justificación¹⁰⁵. Por ej. uno no pue-

¹⁰¹ Véase entre otros MEZGER, *Tratado*, t. I, pp. 339 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 203; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, IV, pp. 82 y 206 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *DPE, PG*, 18ª ed., pp. 404 y ss. y 503, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Consideraciones...», p. 119 y p. 187; CARBONELL MATEU, J. C., *Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal*, 1983, p. 177; COBO/VIVES, *DP PG*, 1999, pp. 273, 400 y 462 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas a la traducción de Mezger, 1955, t. I, p. 350—351; SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo...* pp. 332—333; CUELLO CALÓN, *PG, I*, 18ª ed., 1980, p. 362. GALLAS W., *Bockelmann—Fs*, p. 175, niega la exigencia de un elemento subjetivo en el consentimiento. Los argumentos de estos y otros autores partidarios de esta postura pueden verse también brevemente desarrolladas en TRAPERO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, pp. 41 y ss.

¹⁰² CERESO MIR, *Curso, II*, p. 120; TRAPERO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, pp. 63 y ss.

¹⁰³ A ello se unen otros argumentos, derivados o interpretados en función de los anteriores, que en realidad por sí mismos no permiten mantener una postura objetivista. Sobre los mismos véase TRAPERO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, pp. 49 y ss. y 72 y ss.

¹⁰⁴ Véase GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 8 y ss.

¹⁰⁵ Véase GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 11 y ss.

de querer defenderse de una agresión ilegítima si no sabe que ha sido agredido ilegítimamente.

Pero no es esta la opinión dominante hoy. En la actualidad la doctrina mayoritaria admite la existencia de elementos subjetivos en todas las causas de justificación, pero un amplio sector admite únicamente un elemento subjetivo congruente con el tipo objetivo de la causa de justificación, negando en cambio la existencia de elementos subjetivos trascendentes en algunas causas de justificación. Los argumentos para ello son en mi opinión equivocados, pues parten con frecuencia del error de confundir ese supuesto elemento subjetivo trascendente con los móviles, con el fin directo de la acción o con la conciencia de la licitud de la conducta, siendo que el elemento subjetivo trascendente que aquí se defiende no tiene nada que ver con estos conceptos¹⁰⁶. También se han aludido en contra de los elementos subjetivos trascendentes los consabidos problemas de prueba¹⁰⁷.

Las teorías que de forma más convincente han prescindido de un elemento subjetivo de lo injusto trascendente no encuentran su apoyo fundamental para ello en las erróneas críticas que acabo de mencionar, sino en la objetivación del contenido de dicho elemento mediante la inclusión en el propio tipo objetivo de la causa de justificación del elemento «idoneidad de la acción para producir el resultado salvador»¹⁰⁸. Dentro

¹⁰⁶ Véase GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 38 y ss. Sobre otros argumentos en contra del reconocimiento de elementos subjetivos trascendentes en las causas de justificación y la contestación a las mismas véase ob. cit. pp. 13 y ss.

¹⁰⁷ En contra de este argumento GIL GIL, *La ausencia*, p. 24.

¹⁰⁸ Así por ejemplo, FRISCH opina que basta con el conocimiento de los elementos justificantes porque con ese conocimiento el autor ya no toma su hecho como antijurídico —Lackner—Fs, p. 136—. (A pesar de que esta frase pueda sugerir lo contrario FRISCH no mezcla aquí la conciencia sobre la licitud o ilicitud del hecho con el problema de la constatación del dolo como lo interpreta TRAPERRO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, p. 251, nota 432, sino que FRISCH parte de una concepción de lo injusto doloso en la que esta clase de injusto se caracteriza por la decisión en contra del bien jurídico típicamente protegido o por la decisión en un sentido discrepante de las normas de conducta que el Derecho establece, lo que falta cuando el autor actúa según su representación en una situación en la que le está permitido actuar de ese modo, pero no porque no concurre la conciencia de la ilicitud de su conducta, sino porque en tal supuesto su voluntad no está dirigida a la realización de un desvalor de resultado, de la misma manera que no lo está tampoco en los casos de error de tipo. Véase FRISCH, W., «El error...» p. 44 y p. 65, *Vorsatz...* pp. 244 y ss. y 248 y ss.). Después se pregunta si no podría argumentarse que también actúa como enemigo del Derecho o con una disposición de ánimo ilícita quien conoce la situación justificante pero no quiere defender, salvar etc. sino solo dañar... pero rechaza tal idea porque la intención de dañar en quien actúa con conocimiento de la situación justificante puede bastar como demostración de una disposición de ánimo enemiga del Derecho a lo sumo para quien entienda esa disposición de ánimo contraria o enemiga del Derecho de forma muy vaga pero no si se entiende como decisión por una acción que el Derecho prohíbe en atención al mundo de los bienes: el autor no actúa de otra manera a como el ordenamiento juzga también ese

de esta posición hay diversas tendencias, desde quienes parten de la exclusión del resultado como objeto del dolo o del elemento subjetivo de justificación al concebir lo injusto y lo justificante como creación de posibilidades de lesión y de salvación respectivamente, hasta quienes únicamente incluyen dicho elemento como paralelo a la necesidad de restringir el tipo objetivo de lo injusto mediante la inclusión del requisito de idoneidad con otros argumentos, pero sin embargo no renuncian a la extensión del dolo al resultado, con lo que el sí hacerlo en la causa de justificación supone normalmente la no captación de la estructura de resultado cortado del tipo de esta última¹⁰⁹. Pero todas estas construcciones plantean problemas.

En mi opinión las posturas más coherentes son aquellas que limitan el dolo al elemento intelectual, en coherencia con ello excluyen el resultado del contenido del dolo, conciben lo injusto y lo justificante de una manera paralela, como creación de posibilidades de lesión y de salvación, respectivamente y sustituyen el elemento subjetivo trascendente por la idoneidad de la acción para producir el resultado valioso¹¹⁰. Sin embargo esta teoría no escapa a los problemas:

En primer lugar se va a encontrar que la objetivación no es posible en las causas de justificación mutiladas de varios actos¹¹¹, como explicaré detenidamente más adelante. En segundo lugar supone una interpretación restrictiva contraria al reo, pues al exigir como elemento del tipo la idoneidad de la acción no se aplicará la eximente completa a quien realice sin saberlo una acción inidónea. Así, por ej. quien intenta defenderse de alguien ostensiblemente más fuerte con unos golpes que para un observador claramente serán incapaces de parar la agresión dada la diferencia de fuerzas, además de llevarse una paliza tendrá que responder por las lesiones causadas a su atacante al no serle aplicable la eximente completa de legítima defensa por faltar el elemento del tipo objetivo de la misma de la idoneidad.

ámbito de conflicto, no se rebela contra las máximas jurídicas. Si el conflicto se presenta y resuelve en el mundo de los bienes jurídicos y de los intereses ¿cómo puede afirmar FRISCH que quien conoce la situación justificante —por ejemplo un estado de necesidad entre dos bienes desiguales— que es la mayoría de las veces lo mismo que decir quien conoce la situación de conflicto, pero no quiere salvar el bien o interés preponderante coincide en su conducta con la valoración del Ordenamiento? Sólo incluyendo en el propio tipo objetivo de la causa de justificación y por lo tanto en la conciencia del sujeto la posibilidad de producción del resultado salvador, es decir, la idoneidad de la acción.

¹⁰⁹ Sobre las diferentes posturas véase GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 38 y ss.

¹¹⁰ WOLTER, *La imputación...* p. 74; *El sistema moderno...* p. 114; MIR, PG, 7ª, p.262 y 419; FRISCH, *Vorsatz*, p. 55 y ss.

¹¹¹ GIL GIL, *La ausencia..* pp. 48 y ss.

Desde otras posturas también se exige la idoneidad de la conducta pero sin renunciar a la inclusión del resultado en el dolo aunque sí en el elemento subjetivo de justificación¹¹². Estas construcciones, además de plantear los mismos problemas que la posición anterior presentan una incoherencia entre la formación y la exclusión de lo injusto difícil de explicar.

Por último hay quien exige la idoneidad e incluye el resultado lesivo en el dolo y el resultado salvador en el elemento subjetivo de justificación¹¹³, con lo cual se encuentra con los mismos problemas que la primera postura pero agravando el segundo de ellos, pues aquí la interpretación es todavía más restrictiva ya que no se exige para la justificación plena de la conducta únicamente que la misma sea idónea para, por ej. detener la agresión del atacante ostensiblemente más fuerte, sino más aún: que efectivamente lo haya conseguido.

Como ya he adelantado, la objetivación no es posible en las causas mutiladas de varios actos ni en las de mero resultado cortado cuando la acción justificante no ha alcanzado todavía el grado de tentativa acabada respecto del resultado valorado. La objetivación de lo justificante, al igual que la de lo injusto, sólo es posible en situaciones de tentativa acabada, pues sólo en ellas es posible apreciar de forma objetiva la idoneidad o la peligrosidad de la acción, es decir, apreciar su capacidad para producir un resultado sin tener en cuenta necesariamente la voluntad de actuar, la finalidad, del sujeto (elementos subjetivos)¹¹⁴. Por ello esta construcción falla cuando se enfrenta a la tentativa inacabada o a los delitos mutilados de varios actos y a las causas de justificación mutiladas de varios actos¹¹⁵, que son además la mayoría, pues en ellos no es posible definir lo injusto o lo justificante con criterios meramente objetivos¹¹⁶ y no resulta coherente que en una tentativa inacabada o en una causa de justificación mutilada de varios actos se deba reconocer necesariamente como elemento de lo injusto o de lo justificante un elemento subjetivo consistente en una determinada voluntad de actuar, una

¹¹² VALLE, *El Elemento...* pp. 34 y ss., 54 y ss., 88 y ss.

¹¹³ ROXIN, AT, p. 539 y ss., marg. 94 y ss.

¹¹⁴ Como ya he señalado más arriba, en mi opinión las teorías que intentan distinguir los actos ejecutivos o el comienzo de la tentativa en atención a su peligrosidad así como aquellas que pretenden fundamentar el castigo de los actos preparatorios en su peligrosidad objetiva sin tener en cuenta el contenido de la voluntad del sujeto no son convincentes.

¹¹⁵ Este concepto fue desarrollado por LAMPE, GA, 1978, pp. 7 y ss., y ya había sido utilizado antes por LENCKNER, desde la 18ª ed. del S/S, véase la 25ª ed., Vorbem parágrafo 32, margs. 16 y 16 a.

¹¹⁶ Así MIR, PG., 7ª, p. 348, reconoce que para definir la tentativa es esencial partir del plan del autor; y éste es sin duda un elemento subjetivo.

finalidad¹¹⁷ —con independencia de que además después se exija o no la idoneidad *objetiva* de dicho *plan* (elemento subjetivo)—, que además presupone el resto del elemento subjetivo —el conocimiento de la situación justificante—, y ese elemento desaparezca como fundamento cuando la ejecución ha avanzado hasta la situación de tentativa acabada¹¹⁸.

Ejemplo: un médico conduce a una velocidad excesiva y poniendo en peligro la vida de las personas con la intención de llegar a tiempo para atender a un accidentado y poder salvarle la vida. La idoneidad de la acción de conducir a velocidad excesiva respecto del resultado de salvación no puede apreciarse objetivamente, sólo puede apreciarse teniendo en cuenta cuál es la voluntad de actuar del sujeto, su finalidad. Por lo tanto la voluntad de actuar del sujeto tiene que ser necesariamente aquí un elemento de lo justificante igual que en las demás causas de justificación mutiladas de varios actos. La conducción temeraria del médico aparecerá como idónea para salvar al herido si su intención es dirigirse a su encuentro para atenderle, pero aparecerá como inidónea si lo que quiere es llegar a casa cuanto antes para ver el partido de fútbol. La justificación de ese acto en el mismo momento en que se produce depende de la voluntad de actuar del sujeto, y es ésta la que nos dice si se ha comenzado una acción justificante o por el contrario se ha realizado únicamente una acción típica. No puede por ello argumentarse que la intención sirve sólo como prueba de los factores normativos pues la idoneidad sólo puede afirmarse en ese momento del plan del autor, es decir, de algo subjetivo, todavía no exteriorizado de forma completa y será por lo tanto un juicio, si se quiere objetivo por ser compartible, sobre el elemento subjetivo, que no puede por ello ni convertirse en un dato objetivo ni probar la existencia de un elemento objetivo en el sentido de externo o independiente del elemento subjetivo¹¹⁹.

B. Elementos subjetivos de lo justificante

En las causas de justificación el elemento subjetivo equivale al dolo en el tipo, pero hay que matizar: igual que existen tipos que adelantan el momento de la consumación a un momento anterior a la lesión del bien

¹¹⁷ Así por ejemplo MIR, PG, 7^a, p. 352, reconoce en la tentativa inacabada un elemento subjetivo consistente en la intención de completar la ejecución.

¹¹⁸ Así por ejemplo MIR, aunque habla en la tentativa acabada de «voluntad y conocimiento de la realización de la conducta descrita en el tipo» —ob. cit. marg. 78— ya no se refiere con esa voluntad a la finalidad, a un verdadero elemento volitivo, pues en realidad mantiene un concepto meramente cognoscitivo del dolo— PG, 7^a, pp. 262 y ss., el mismo «Conocimiento y voluntad en el dolo», Cuadernos de Derecho Judicial, 94, CGPJ, pp. 26 y ss.—.

¹¹⁹ Véase GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 40 y ss.

jurídico configurando delitos de resultado cortado en los que no existe por tanto desvalor de resultado, y en los que sin embargo el dolo (parte subjetiva congruente con la objetiva), más el elemento subjetivo trascendente (dirigido al resultado fuera del tipo que identificaría la lesión del bien jurídico pero que ya no es necesario para la consumación formal), juntos, equivalen a lo que llamamos resolución delictiva en la tentativa, (es decir, en realidad es el dolo pero no se puede llamar así porque la parte objetiva del tipo se ha recortado y es incongruente por defecto con la subjetiva), de la misma manera puede suceder en las causas de justificación. En algunas como la legítima defensa, el estado de necesidad, o el actuar en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, la ley exige la realización de una acción dirigida por la voluntad a la salvación de un bien jurídico o a la salvaguarda de un interés preponderante —valor del resultado—, pero el tipo de la causa de justificación no exige la efectiva producción de ese resultado que identificaría el valor de resultado, sino que la causa de justificación se «consume», cumple sus efectos, ya antes, con la mera realización de la acción dirigida a tal fin, aunque el mismo no haya llegado a realizarse, o en ocasiones aunque el sujeto deba incluso realizar actos posteriores dirigidos a tal resultado y que también quedan fuera del tipo objetivo pero cuya intención de realización está incluida en el elemento subjetivo trascendente¹²⁰. Por eso podemos hablar de causas de justificación de resultado cortado y causas de justificación mutiladas de varios actos¹²¹, en las que el tipo objetivo es incongruente por defecto con el subjetivo y

¹²⁰ Aunque no llegan a ver que la legítima defensa y el estado de necesidad prescinden siempre en la redacción legal de la producción efectiva del resultado, sí ven la posibilidad de que estas causas de justificación sean en ocasiones mutiladas de varios actos LOOS, *Oehler-Fs*, pp. 238 y ss. y LENCKNER, S/S, Vorbem parágrafo 32, marg. 16a. Resulta sorprendente que estos autores reconozcan únicamente que pueden darse supuestos reales de este tipo, a los que sin embargo conceden plenos efectos justificantes cuando concurre el elemento subjetivo trascendente, sin percatarse de que para ello deben admitir que la estructura típica de la causa de justificación en la que tales supuestos se subsumen es necesariamente de resultado cortado —y para todos los casos, pues hay una única regulación legal—, y de lo contrario la falta de ese resultado debería llevarles a la aplicación de la eximente incompleta. Sobre la posibilidad de que una acción de salvamento o de auxilio necesario esté constituida por varios actos, donde el primer acto de salvamento —que realiza ya el tipo— es sólo preparatorio y por lo tanto debe concurrir además del conocimiento de la situación justificante la intención de salvamento, véase PERRON, en *Justificación y exculpación*, p. 103.

¹²¹ Esta última categoría es manejada desde hace tiempo por la doctrina. Véase LAMPE, GA, 1978, pp. 7 y ss.; LENCKNER, S/S, 25. Auf. Vorbem. parágrafo 32, marg. 16; LOOS, *Oehler-Fs*, pp. 237 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, pp. 157 y ss.; SCHÜNEMANN, GA, 1985, p. 374. La interpretación que de su fundamento hace PRITTWITZ, C., GA, 1980, pp. 388 y ss., es en cambio absolutamente errónea: la razón de exigir aquí un elemento subjetivo trascendente no es evitar el efecto justificante cuando el sujeto persiga otros fines, sino, como los autores anteriormente citados reconocen, adelantar la justificación a un momento en el que todavía no se ha producido el efecto valioso que se dará sin embargo como resultado de una segunda acción cuya realización debe perseguir el sujeto al rea-

que contienen un elemento subjetivo de justificación además del dolo, porque el dolo lo reservamos al elemento subjetivo congruente con el tipo objetivo. Pero dolo y elemento subjetivo trascendente sumados serían el dolo de una causa de justificación completa, no recortada en su aspecto objetivo, es decir, la suma de ambos elementos subjetivos de la causa de justificación no es otra cosa que la voluntad de actuar, la finalidad que configura la acción salvadora a la que la Ley otorga el efecto de justificar la acción típica¹²². Acción final en el mismo sentido que definimos la

lizar ya la primera pues ambas forman parte de una misma conducta. Tampoco creo que haya entendido correctamente estos elementos GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio...* pp. 143 y ss., cuando quiere distinguirlos de la dirección de la voluntad y se opone a su reconocimiento.

¹²² Por ello carece absolutamente de fundamento la afirmación de TRAPERO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, pp. 447 y ss., de que «la mención y exigencia de un especial presupuesto subjetivo de justificación... sólo podrá ponerse de relieve por el sector doctrinal que defiende como presupuesto subjetivo general el conocimiento de su concurrencia, pues para el sector doctrinal defensor del contenido volitivo intencional de los presupuestos subjetivos de justificación no tiene sentido hablar de especiales presupuestos subjetivos de justificación cuando el genérico presupuesto subjetivo se identifica con el fin o intención de actuar conforme a la correspondiente causa de justificación». Que el elemento subjetivo completo se identifique con la finalidad configuradora de la acción no impide distinguir un elemento subjetivo congruente con el elemento objetivo, más corto, al que podremos identificar con el dolo, y que para los defensores de un concepto volitivo de dolo tendrá un elemento intelectual y otro volitivo, y una parte trascendente a ese tipo objetivo más corto que por ello llamaremos elemento subjetivo y no dolo (ya que dolo es la conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo), y que al participar de la misma esencia que el dolo también tendrá un elemento intelectual y otro volitivo. Es precisamente desde las concepciones meramente cognoscitivas del dolo desde donde resulta difícil explicar la necesidad de elementos volitivos en estadios previos a la consumación, o por lo menos a la tentativa acabada, que sin embargo desaparecen del tipo subjetivo correspondiente cuando la realización avanza hasta estos últimos estadios, siendo que nada justifica una diferencia en el tipo subjetivo sino solamente en el objetivo entre dos estadios diferentes de desarrollo de la misma conducta. La voluntad de actuar, que se reconoce necesariamente presente en todas las clases de dolo, también por los defensores de un dolo cognoscitivo, desaparece en cambio para estos autores cuando se define el contenido o los componentes del dolo. Tampoco tiene ningún sentido afirmar, como lo hace GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio*, p. 143, y a ello se adhiere TRAPERO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, p. 461, que admitir elementos subjetivos especiales, por ejemplo en las causas de justificación mutiladas de varios actos suponga «un retroceso, ya que supone la vuelta a la particularización del presupuesto subjetivo de justificación, poniendo en tela de juicio la pretensión de deducir la existencia y contenido de tal presupuesto subjetivo desde la concepción del injusto que se defiende». La comprensión de estos elementos que aquí se defiende en absoluto supone abandonar la pretensión de mantener un paralelismo entre la fundamentación y la exclusión de lo injusto, sino que únicamente se deriva de las diversas estructuras típicas que pueden dar forma a lo injusto y a lo justificante. Por último, como ya se ha contestado antes, es falso que la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto de esta clase suponga limitar el ámbito de la causa de justificación — como repite TRAPERO BARREALES, M. A., *Los elementos subjetivos*, p. 462—, sino que muy al contrario, lo amplía al permitir sus efectos antes de la consecución del resultado valioso, en contra de la interpretación pretendidamente objetiva que de estos elementos hacen autores como TRAPERO, FRISCH, y otros.

acción como elemento que nos sirve de base para la construcción del delito doloso. Acción a la que pertenecen todos los elementos que pertenecen a la acción final al hablar de ella como primer elemento del delito, lo que hace que quepa la justificación con dolo eventual respecto del resultado de salvación, puesto que tal resultado pertenece al contenido de la voluntad y basta para configurar una acción de salvación¹²³.

Esta concepción de los elementos subjetivos de justificación fue ya defendida, en un sentido muy similar por HIRSCH¹²⁴, quien concibe determinadas causas de justificación como causas de justificación de emprendimiento¹²⁵ (excepto el consentimiento en el que se da la parti-

¹²³ Sobre la suficiencia de una voluntad eventual tanto en la tentativa como en los delitos de resultado cortado, véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...* pp. 236 y ss., la misma RDPCUNED, n.º 6, 2000, pp. 112 y ss.

¹²⁴ LK, vor parágrafo 32 marg. 53; BGH-Fg, p. 233.

¹²⁵ El Código penal alemán define los delitos de emprendimiento en el parágrafo 11.I.6: «emprendimiento de un delito es su tentativa y su consumación». La doctrina distingue entre delitos de emprendimiento «propios» e «impropios». Los tipos de emprendimiento propios son aquellos en los que se castiga en el mismo tipo todas las fases de tentativa y también la consumación del delito, pues el tipo suele definirse con expresiones como «quien intente...», por ello la doctrina entiende que no cabe aplicar a los mismos la atenuación de la pena prevista para la tentativa, ni el desistimiento —véase JAKOBS, AT, p. 706 y s. marg. 5; JESCHECK/ WEIGEND, pp. 267 y 526 ss.—. En mi opinión esta afirmación es correcta, pero no por las razones que esgrime JESCHECK —se adelantaría demasiado la fase previa—, ni por lo que alega JAKOBS —no se respetaría la taxatividad de los tipos— sino porque la tentativa de la tentativa ya es una tentativa subsumible en el precepto como delito consumado (así LUZÓN, PG, I, p. 310) —de hecho JESCHECK llega a esta misma conclusión cuando admite que estos delitos se puedan cometer de forma inidónea, «porque si el emprendimiento se queda en grado de tentativa se trata de una tentativa en el sentido del parágrafo 22», y nunca podrá pasarse del límite del tipo si la tentativa exige la realización de actos ejecutivos (típicos) —o naturalmente unidos a estos— y la tentativa de la tentativa, por lo tanto, también exigirá los mismos actos ejecutivos. Los tipos de emprendimiento improprios serían, por el contrario, tipos que materialmente coinciden con una tentativa o un acto preparatorio pero que no están descritos como «el intentar algo» sino que describen una conducta material dirigida a un determinado resultado fuera del tipo. En palabras de JAKOBS —AT, P. 707, marg. 7—, frente a los delitos de emprendimiento propio «presentan la peculiaridad de contar con una situación del hecho descrita que para la consumación (formal) debe concurrir objetivamente, no bastando con que esté emprendida». Precisamente porque estos tipos permiten distinguir una consumación formal con relación a los mismos, en mi opinión —así también LUZÓN, PG, I, p. 310; GRACIA MARTÍN, CDJ, 1996, p. 261—, como se explica a continuación en el texto, cabe aplicar la tentativa, incluso en caso de error inverso sobre un elemento del tipo, en contra de la opinión de JESCHECK. Un claro ejemplo sería el que propone JAKOBS, 25/7: Uno puede emprender el acecho a la caza (parágrafo 292.1 del Código penal alemán), creyendo perseguir a un zorro, cuando en realidad se trata de un perro, pero precisamente, dice JAKOBS, sólo entonces es cuando *intenta* acechar a la caza (es decir, en mi opinión aquí estaría cometiendo una tentativa del parágrafo 292.1) mientras que no sólo intenta el acecho, sino que lo consuma, prosigue JAKOBS, quien sigue a un zorro pero no lo alcanza.

cularidad de que no es la meta del autor sino su presupuesto)¹²⁶. La idea de HIRSCH me parece muy acertada pero con algunas matizaciones. En mi opinión no todas las causas de justificación tienen esta estructura, sino que algunas exigen realmente la producción del resultado valorativo, como por ejemplo el consentimiento¹²⁷ y la *exceptio veritatis*, ya que son conductas que el ordenamiento no quiere promover, sino que tan sólo tolera cuando den un resultado positivo.

A esta posición de HIRSCH ha criticado TRAPERO BARREALES que tal entendimiento de las causas de justificación significaría que «serían irrelevantes requisitos como la proporcionalidad, la subsidiariedad, la menor lesividad posible», siempre y cuando concurriera el presupuesto subjetivo de la justificación. Pero esta crítica sólo sería correcta si entendemos las causas de justificación como tipos de emprendimiento propios, pues en tal caso deberían causar sus efectos justificantes fuera cual fuera el grado de realización del intento, y no cabría una tentativa del tipo de las causas de justificación, puesto que dicha tentativa supondría ya la causa de justificación misma. Sin embargo la estructura de las causas de justificación no es ésta. Para ello deberían regularse como «el que intente salvar un bien jurídico», «el que intente cumplir con su deber», etc. Las causas de justificación no están redactadas de esta manera sino como «tipos de emprendimiento impropios»¹²⁸, o como yo prefiero llamarlos, tipos de resultado cortado, pues no se describen con una formulación general: «el intento de hacer algo», lo que comprendería todos los gra-

¹²⁶ Respecto del consentimiento no bastaría tampoco para que concorra el elemento subjetivo de esta causa de justificación, según HIRSCH, LK vor parágrafo 32, marg. 57, con que el sujeto conozca que concurre, sino que tiene que ser el motivo por el que el sujeto actúe. También CERESO, *Jescheck-Fs*, p. 450; *Curso*, II, pp. 199 y 336. En mi opinión sin embargo, los motivos tienen escaso o nulo papel en el ámbito de lo injusto o de lo justificante, y el consentimiento exige únicamente la conciencia y voluntad de actuar con consentimiento. Critica HIRSCH que ello supone una contradicción con el tratamiento del elemento subjetivo en las demás causas de justificación, pero no es así, sigue tratándose del «dolo» de la causa de justificación, sólo que esta vez es coherente con la parte objetiva. Sería realmente contradictorio, en mi opinión, exigir un especial móvil o motivo que empuja a actuar cuando en las demás causas de justificación el elemento subjetivo se ha identificado con la finalidad de la acción.

¹²⁷ Por ello aquí no vemos un elemento subjetivo trascendente, porque la parte subjetiva (conciencia y voluntad de realizar los elementos de la causa de justificación) es congruente con la objetiva. Además se trata de una causa de justificación de mera actividad, ya que el mero actuar con consentimiento es el que produce el valor de resultado —la prevalencia de la voluntad del portador del bien jurídico disponible— que compensa el desvalor de resultado —la lesión del bien jurídico disponible—. Sobre la distinción entre resultado típico y desvalor de resultado y la posibilidad de que éste último concorra tanto en los delitos de resultado como en los de mera actividad véase GIL GIL, A. *Derecho penal internacional*, pp. 160 y ss., con ulteriores citas. Todo lo ahí expuesto es trasladable a las causas de justificación de resultado y de mera actividad y al valor de resultado.

¹²⁸ Véase *supra* la nota 125.

dos de la tentativa y consumación de esa conducta, sino que describen un supuesto de hecho, una conducta concreta —actuar para defender(se) de una agresión ilegítima; actuar para evitar un mal mayor propio o ajeno, actuar para cumplir un deber...— aunque recortada a un momento anterior al de la producción del resultado señalado por una intención trascendente, por lo que sí cabe hablar de un intento de realizar esa conducta, que no supondría ya una consumación del tipo, sino que constituiría una tentativa del mismo, en el supuesto de error sobre un elemento del tipo objetivo de la causa de justificación¹²⁹.

Volviendo a la crítica de TRAPERO, si los requisitos a los que hace referencia constituyen elementos objetivos del tipo de la respectiva causa de justificación¹³⁰, su falta cuando concurre el elemento subjetivo —

¹²⁹ Véase *supra* la nota 125.

¹³⁰ Así, por ejemplo, en mi opinión, y siguiendo a mi maestro —CEREZO, *Curso, II*, p. 235— la legítima defensa no exige proporcionalidad entre el mal causado y el que se pretendía producir con la agresión, sino la necesidad racional del medio empleado, elemento que pertenece al tipo de lo justificante, ya que el que se excede conscientemente no se está defendiendo sino atacando, pero el que cree estar utilizando el medio necesario cuando en realidad era suficiente una reacción menor cree que sigue defendiéndose, realiza una tentativa de justificación. En cambio, el requisito de la falta de provocación suficiente por parte del defensor (excepto en los casos en que la provocación supone ya la falta de la voluntad de defensa —CEREZO, *Curso, II*, p. 240, n. 136— en los que no cabrá eximente ni completa ni incompleta) es en mi opinión un elemento que no pertenece al tipo de lo justificante, pues no pertenece al fundamento de la causa de justificación: la defensa de los bienes jurídicos y del ordenamiento (si el fundamento de este requisito fuese, como estima BACIGALUPO, *Principios*, p. 266, la innecesidad en estos supuestos de la ratificación del orden jurídico, como dice CEREZO, *ob. cit.* nota 140, no se explicaría que pueda invocarse la causa de justificación cuando la provocación no proviene del defensor) pero puede entenderse que el Derecho no permite que se erija en defensor del ordenamiento quien provocó la *infracción* del mismo —CEREZO, *Curso, II*, pp. 241 y ss. y n. 140— y que por ello se impone esta condición objetiva de justificación. Al no pertenecer al tipo de lo justificante no tiene por que estar abarcada por el elemento subjetivo de la causa de justificación y puede faltar aunque éste concorra dando lugar a la aplicación de una eximente incompleta. Desde esta distinción sería coherente y no plantearía problemas la afirmación de la doctrina —véase CEREZO MIR, *Curso, II*, p. 366— de que las causas de justificación incompletas se aprecian tanto si el sujeto conoce la falta de los requisitos inesenciales —salvo que ello comporte la ausencia del elemento subjetivo, esencial, de la causa de justificación—, lo cual sólo será posible cuando ese elemento no pertenezca al tipo de lo justificante, pues en otro caso tendría que ser abarcado por el elemento subjetivo de justificación y su ignorancia supondría por tanto la falta del elemento esencial, como si cree, erróneamente, que concurren, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de tentativa de justificación, en el que además ese error ha llevado al sujeto a la creencia errónea de estar actuando lícitamente y nos encontraremos con un concurso de leyes entre el art. 68 en relación con el 21.1 y el art. 14. 3 —así también CEREZO, *Curso, II*, p. 366, nota 80—. El diferenciar los elementos pertenecientes o no al tipo justificante de cada causa de justificación exige un análisis detenido de los elementos y del fundamento de cada causa de justificación que no corresponde hacer en este lugar. Dicho análisis sería, no obstante, sumamente útil no sólo para determinar los

lo que exige la creencia del autor de que concurren— dará lugar a una tentativa del tipo de resultado cortado, lo que se traduce en la aplicación del art. 21.1 (eximente incompleta) en concurso de leyes con el art. 14 (error de prohibición)¹³¹. Si se trata, por el contrario, de elementos que no afectan al contenido de lo justificante, que no pertenecen, por lo tanto, al tipo de lo justificante, sino que son meras condiciones objetivas de justificación que responden a criterios de política criminal, no necesitarán ser abarcadas por el elemento subjetivo y su ausencia nos llevaría a la aplicación de una eximente incompleta¹³².

casos en que es posible aplicar una eximente incompleta sin que concurra simultáneamente un error de prohibición, sino también para demostrar el efecto perturbador de algunos elementos que ni responden al fundamento de la causa de justificación en concreto ni pueden tampoco legitimarse convenientemente desde exigencias político criminales, sino que más bien han sido introducidos en la causa de justificación por su regulación conjunta con la de inculpabilidad donde sí pueden jugar un papel. Me refiero concretamente al caso del estado de necesidad. Véase a este respecto la propuesta de *lege ferenda* de CERZO MIR, *Curso, II*, pp. 286 y 288 s., en relación con los requisitos de falta de provocación del estado de necesidad por el actuante y falta de obligación de sacrificio del necesitado. También propone la supresión de *lege ferenda* del requisito de la falta de provocación en el estado de necesidad, al que no logra encontrar un fundamento satisfactorio pues, en su opinión, la ausencia del requisito de la falta de provocación no puede afectar a la legitimidad de la acción necesaria, ROPERO CARRASCO, J., en su tesis doctoral *La provocación en el estado de necesidad*, Madrid, 2000, pp. 140, 280, 281, aunque esta autora no distingue los supuestos justificantes de los meramente exculpantes. En su opinión, una vez eliminado el requisito, en determinados supuestos (cuando se den los requisitos de imputación y esté castigado el correspondiente delito imprudente) será posible imputar el resultado directamente a la acción de provocación a título de imprudencia —pp. 774 y ss.—, aunque reconoce que no es esta la solución decidida por el legislador sino una mera propuesta de *lege ferenda*—.

¹³¹ Si se tratara de un tipo de lo injusto la concepción formal de la tentativa que refiere ésta a la realización completa de un tipo permitiría aplicar el art. 16, pues de esta manera resulta también aplicable a los delitos sin resultado material, cuando lo que falta es algún otro elemento del tipo —véase GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 170 y s., nota 48 y p. 174 y RDPCUNED, 6, 2000, p. 106, nota 8—. Al tratarse del tipo de una causa de justificación lo que corresponde es aplicar una eximente incompleta, en concurso con el art. 14 que regula el error de prohibición. El concurso será de leyes puesto que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, al suponer un error sobre la propia conducta, supone también siempre un error sobre su ilicitud —si el sujeto no sabe qué conducta está realizando tampoco puede saber que la misma es ilícita—, aunque no necesariamente un error invencible. De ser un error vencible se aplicarán los arts. 68 en relación con el art. 21.1, por ser éste último especial respecto del 14.3 segundo inciso, y de ser invencible el art. 14.3 primer inciso. CERZO MIR —*Curso II*, p. 366, nota 80— entiende que la relación concursal entre el art. 68 y el 14.3 es de alternatividad, solución que me parece también defendible al tener ambos preceptos una zona común y otra específica. Por supuesto para llegar a esta solución concursal entiendo con CERZO MIR, ob. cit., y BOLDÓBA PASAMAR, en GRACIA, BOLDOVA, ALASTUEY, *Lecciones...* p. 196 y ss., que la rebaja de la pena es también obligatoria en un grado según el art. 68.

¹³² Sobre otras críticas menores realizadas contra esta postura y la contestación a las mismas véase GIL GIL, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, pp. 70 y ss.

Queda con ello también claro que el elemento subjetivo de justificación es el mismo en todas las causas de justificación y lo que varía es su congruencia o no con el tipo objetivo¹³³, distinguiéndose, por ello, en algunas causas de justificación un segmento del tipo subjetivo de justificación que sería la parte congruente con el tipo objetivo recordado, al que podremos llamar dolo de justificación, y otro segmento que va más allá y que llamaremos elemento subjetivo de justificación trascendente.

Los elementos subjetivos de justificación no son la otra cara de un elemento subjetivo de lo injusto negativo ya necesario para la fundamentación de lo injusto subjetivo como defiende FRISCH¹³⁴. Los elementos subjetivos, tanto de lo injusto como de lo justificante, son la finalidad rectora de la acción que define y configura la acción típica y la acción justificante y por lo tanto no se excluyen sino que muy al contrario ambas finalidades deben concurrir en la conducta del suje-

¹³³ Por lo que tampoco es acertada la crítica de TRAPERO de que «la concepción volitiva de los presupuestos subjetivos de justificación no es coherente en la aplicación de sus tesis» porque «si el fundamento del presupuesto subjetivo de justificación descansa en un determinado modo de concebir el tipo de injusto, en concreto en la concepción personal de lo injusto, y es por tanto consecuencia obligada que el presupuesto subjetivo de justificación tenga una caracterización general, aplicable a todas las causas de justificación, entonces no se comprende por qué en el examen de las concretas eximentes justificantes se hacen distinciones a la hora de formular el contenido del presupuesto subjetivo de justificación». *Los elementos*, pp. 165-166. Como de costumbre esta autora lanza su crítica en general contra «la concepción volitiva de los presupuestos subjetivos de las causas de justificación» sin distinguir las muy diferentes posiciones que ha englobado bajo esta fórmula, y citando como ejemplo autores objetivistas que reconocen excepcionalmente la exigencia de un elemento subjetivo de justificación, como HUMBERT, a quienes verdaderamente se les puede hacer la crítica de la falta de fundamentación de tales excepciones desde su postura, junto con autores finalistas como WELZEL en quien es perfectamente coherente la mera exigencia de conocimiento y voluntad de actuar con consentimiento —DP Alemán, trad. de la 11ª ed. p. 140—, (aunque ciertamente la redacción utilizada por este autor no es muy afortunada, pues parece hacer referencia al motivo en lugar de a la voluntad de realización) dado que el consentimiento no es una causa de justificación de resultado cortado sino de tipo subjetivo congruente con el tipo objetivo, que no exige por tanto un elemento subjetivo trascendente dirigido a un resultado fuera del tipo, pues la consumación formal coincide con la producción del resultado valorativo —aunque se trate de una causa de justificación de mera actividad, véase *supra* la nota 127—.

¹³⁴ *Lackner-Fs*, p. 148. Su concepto de dolo le lleva finalmente a una concepción muy similar a la teoría de los elementos negativos del tipo, pues en su opinión «quien se decide por la conducta típica no puede suponer al mismo tiempo la concurrencia de una situación que, en caso de existir realmente daría lugar a que el ordenamiento autorizara su decisión —«El error...» pp. 64-65— lo que sin duda supone una fusión de las categorías de la tipicidad y antijuridicidad y la exclusión del dolo por la suposición de la existencia de una causa de justificación, aunque no las llame directamente elementos negativos del tipo.

to para poder afirmar que éste ha realizado la acción típica y también la acción justificante.¹³⁵

La finalidad justificante es el elemento subjetivo de justificación común a todas las causas de justificación consiste en la conciencia y voluntad de realizar una acción dirigida a la «salvaguarda del interés preponderante»¹³⁶, con independencia de los móviles del autor y con independencia de la conciencia sobre la licitud de su acto. Para las causas de justificación de resultado cortado, aquellas que se conforman con un valor de acción, la finalidad irá más allá de los elementos objetivos pudiendo distinguirse un elemento subjetivo congruente con el tipo objetivo y una finalidad trascendente referida al resultado valorado. Ambos conforman el tipo subjetivo completo, equivalente al dolo en sentido amplio admitido por la concepción personal de lo injusto —al menos por aquella parte de la doctrina defensora de tal concepción que además admita un elemento intelectual y otro volitivo en el dolo—, de la misma manera que el dolo en sentido estricto —referido a los elementos objetivos del tipo— más el elemento subjetivo trascendente dirigido a la realización de actos posteriores y/o a la producción del resultado conforman el dolo en sentido amplio, o mejor dicho, la resolución delictiva —el tipo subjetivo en su conjunto— en la tentativa y en los delitos de resultado cortado¹³⁷.

¹³⁵ Por cierto que la existencia de causas de justificación de resultado cortado pone de manifiesto lo erróneo de la teoría de los elementos negativos del tipo al no poder solucionar sus defensores estos supuestos sin incurrir en una grave contradicción con los presupuestos de su teoría ya que al constatar la existencia de causas de justificación de este tipo exigen para que la conducta esté justificada que se de el elemento subjetivo trascendente, no aplicando en estos casos la solución que propugna esta doctrina de que el conocimiento de los elementos negativos (es decir, el elemento subjetivo congruente con el tipo objetivo de la causa de justificación) excluya ya el dolo. Así, propone castigo por delito consumado cuando falta el elemento subjetivo especial SCHÜNEMANN, GA, p. 374. Lo mismo le ocurre a ROXIN, que en las causas de justificación mutiladas de varios actos defiende también el castigo por delito consumado si falta el elemento subjetivo trascendente, porque en tal caso «objetivamente no falta el desvalor de resultado», sin atender tampoco a que el sujeto conoce la efectiva concurrencia de los elementos objetivos de justificación, lo que debería excluir el dolo. Véase esta crítica más detallada en GIL GIL, *La ausencia...* p. 120.

¹³⁶ Tomamos este término como comprensivo de los distintos fundamentos de las diversas causas de justificación para simplificar la explicación, pero no pretendo tomar partido en este momento sobre un tema tan complejo como el del fundamento de las causas de justificación, pues, en principio, comparto con mi maestro la opinión de que las causas de justificación no pueden sistematizarse en torno a un único fundamento, y para defender que en todas ellas se salvaguarda un interés preponderante habría que incluir en esta ponderación de intereses, por ejemplo la defensa del Derecho en la legítima defensa o el respeto a la dignidad humana en el estado de necesidad —véase CERESO, *Curso, II*, pp. 194-196—.

¹³⁷ Sobre ello véase mi artículo en RDPCUNED n.º 6, 2000.

Dice FRISCH¹³⁸ que de la estructura ontológica de la acción no se concluye forzosamente un determinado contenido normativo y en consecuencia un determinado concepto del elemento subjetivo de la justificación. Es cierto. Como reconoce CEREZO, la estructura finalista de la acción humana podría también convivir con un Código que mantuviera un concepto objetivo de lo injusto, pero no es el caso de nuestro Código ni del Cp alemán¹³⁹. El castigo de la tentativa (especialmente de la inacabada), de los actos preparatorios, de los delitos de resultado cortado, que recogen nuestro Código y el alemán, sólo puede explicarse satisfactoriamente teniendo en cuenta un elemento subjetivo de lo injusto que se corresponde con la concepción finalista de acción. Y de la misma manera, la regulación de causas de justificación de resultado cortado (incluidas las mutiladas de varios actos) y el necesario paralelismo entre la fundamentación y la exclusión de lo injusto nos lleva al concepto de elemento subjetivo de justificación defendido en este trabajo¹⁴⁰.

IV. Conclusiones

Dado que todas las opciones manejadas hasta ahora parece que no son capaces de dar un concepto unitario de injusto que permita explicar todos los tipos (de lo injusto y de lo justificante), entiendo que la fisura debe mantenerse en la separación del delito doloso por una parte, cuya explicación debe incluir las formas imperfectas de ejecución y por ello debe necesariamente integrar elementos subjetivos y el delito imprudente por otra, donde por un lado la no anticipación del castigo a formas imperfectas permite y por otra el castigo de la ejecución inconsciente obliga a la objetivización y normativización de lo injusto. De esta manera, reconociendo que existen dos clases de injusto, el doloso y el imprudente, que responden a normas diferentes (que tienen en común el ser normas protectoras de bienes jurídicos mediante la prohibición o el mandato de realizar determinadas conductas¹⁴¹) es posible además justificar la medida de la pena en atención al distinto desvalor de acción que supone la infracción de cada una de ellas.

Ello me parece preferible a la alternativa que ha sido asumida por algunos autores, de defender que el tipo subjetivo de la tentativa inaca-

¹³⁸ Vorsatz, 1983, p. 455 y ss., *Lackner-Fs*, pp. 118 y ss.; se le adhiere TRAPERO, *Los elementos...* p. 172 ss.

¹³⁹ CEREZO, *Curso, II*, pp. 123 y ss.

¹⁴⁰ Además el hecho de que el consentimiento no tenga estructura de resultado cortado no impide poder aplicarle un concepto finalista de acción de la misma manera que se le puede aplicar a todos los tipos de lo injusto que no contienen verbos que indican conductas inequívocamente finalistas ni tienen la estructura de resultado cortado incluyendo un elemento subjetivo trascendente y con ello necesariamente la mención expresa de una determinada intención, fin o propósito.

bada (y de los tipos de consumación anticipada —mutilados de dos actos, de resultado cortado—) es diferente al de la tentativa acabada y el delito consumado y que la norma que infringe la tentativa inacabada es otra diferente a la infringida por el delito consumado y la tentativa acabada¹⁴². Esta afirmación se apoyaría en la idea falsa de que en la tentativa inacabada el sujeto no tiene todavía un dolo suficientemente desarrollado, de donde se extrae con diversos argumentos su menor peligrosidad¹⁴³. Si el sujeto no tuviese un dolo completo, un dolo de

¹⁴¹ No se trata de que lo injusto de los delitos imprudente sí pueda ser concebido como la creación de peligros desaprobados—así ROXIN, AT, p. 922, marg. 10— o que se fundamente la responsabilidad en la previsibilidad de un resultado lesivo — FEIJOO, RDPCU-NED, n.º 1 extraordinario, 2000, p. 103—, sino que se entiende también como la infracción de una norma protectora de bienes jurídicos que en este caso prohíbe la realización de conductas que infrinjan el cuidado objetivamente debido. Creo que la concepción de lo injusto como creación de riesgos o peligros desaprobados también es pernicioso en el ámbito del delito imprudente pues lleva a una construcción «al revés» del tipo en los ámbitos en los que la norma de cuidado está fijada expresamente para el caso concreto, que lleva con frecuencia a la proliferación de criterios de imputación objetiva para limitar con posterioridad el punto de partida inicial terminando en una asistematización y confusión que además puede dar lugar a disparidad de resultados. Estimo que la utilización de los variados criterios de imputación objetiva elaborados por la doctrina para la determinación de todos los tipos imprudentes proviene del error de empezar la determinación del cuidado por el criterio de la previsibilidad, o de la creación o el aumento de un peligro, e intentar luego reducirlo mediante los criterios de imputación objetiva (incluido el del riesgo permitido; como señala GIMBERNAT, EPC, X, p. 179, si la acción se ha mantenido dentro del riesgo permitido no hay delito imprudente porque no ha habido imprudencia, y no porque falte la imputación objetiva). Si se acepta en cambio la existencia de normas en los delitos imprudentes que prohíben la realización de conductas que infrinjan el cuidado debido se invierte totalmente el esquema: las normas específicas de cuidado conforman las prohibiciones de actuar sin cuidado, y donde no existen normas específicas las prohibiciones se completan mediante los criterios de la peligrosidad objetiva y el hombre prudente (integrado éste por el principio de confianza). Véase con mayor detalle «Reflexiones...», ob. cit.

¹⁴² SANCINETTI, *Subjetivismo*, p. 74, y en este sentido se podría interpretar también el intento de JAKOBS de legitimar el castigo en las fases previas en la lesión de una norma flanqueante, del que ya hemos hablado más arriba (nota 40), como bien apunta SANCINETTI, *Subjetivismo*, pp. 170-171, a pesar de que JAKOBS afirma en otro lugar que la tentativa es un quebrantamiento perfecto de la norma. En lo que ya no estoy de acuerdo con SANCINETTI es en su afirmación de que el hecho de que JAKOBS no considere imputable a título de dolo el resultado anticipado supone admitir que la tentativa inacabada es una expresión de sentido incompleta, imperfecta, distinta de la tentativa acabada. La vigencia de la norma se ha cuestionado exactamente igual. Lo que en mi opinión pone de manifiesto esta afirmación es únicamente la dificultad de incluir el resultado en una concepción de lo injusto como defraudación de expectativas y la incapacidad de dicha concepción para explicar la adecuación de la pena a conceptos ajenos a la vigencia de la norma como pueden ser el grado de realización de la conducta, pero también por ej. la importancia de la norma infringida, cuando el contenido de la misma era en principio ajeno al sistema pues nada tiene que ver con su vigencia, y que en realidad da entrada por la puerta de atrás a la importancia del bien jurídico protegido.

¹⁴³ SANCINETTI, *Subjetivismo*, p. 74, *Teoría del delito*, pp. 409 y ss., MIR PUIG, PG, pp. 344 y ss. En contra MARTINEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, p. 49, nota 34, GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 243, nota 150.

consumar, no podríamos hablar siquiera de tentativa inacabada, el elemento subjetivo sí es completo en la tentativa inacabada, lo único que es incompleto es el lado objetivo, el reflejo objetivo de ese lado subjetivo¹⁴⁴. La tentativa inacabada infringe la misma norma que la acabada y el delito consumado, por ej. la prohibición de matar¹⁴⁵. El reconocer un tipo subjetivo de la tentativa inacabada (y tipos de consumación anticipada) diferente a la acabada, y la infracción de normas distintas, exigiría un concepto de injusto que se fundamentara de manera principal en el elemento subjetivo en la tentativa inacabada frente al concepto objetivo de lo injusto de la acabada, el delito consumado y el delito imprudente, dada la imposibilidad de objetivar ese elemento subjetivo¹⁴⁶,

¹⁴⁴ GIL GIL, RDPC, nº 6, 2000, pp. 125 y ss.

¹⁴⁵ GIL GIL, *Derecho penal internacional...*p. 279. Ello no impide graduar lo injusto del desvalor de acción, como pretende SANCINETTI, *Teoría...* p. 409-410, si se entiende que la concepción de la norma como norma de determinación no es incompatible con una concepción de lo injusto como magnitud graduable que *valora* en esa conducta *contraria a un mandato* distintos aspectos, como puede ser su realización objetiva que sin duda supone un aumento de la peligrosidad conforme avanza hacia la consumación. Que lo injusto sea infracción de la norma no significa que el desvalor de acción se agote en el dolo y por ello el principio de ejecución deba conllevar toda la pena pues en él se pone ya de manifiesto el dolo que debe estar completo en ese momento, como afirma BACIGALUPO, *Manual*, p. 155, pues cuando se concibe la acción como una unidad objetivo-subjetiva, la infracción de la norma se realiza mediante las partes objetiva y subjetiva conjuntamente y por lo tanto la parte objetiva de la conducta (que desde luego no puede existir sin la subjetiva) también supone infracción de la norma que debe ser tenida en cuenta para graduar lo injusto. Por otra parte, a diferencia del funcionalismo sistémico, en nuestra concepción lo injusto no consiste únicamente en la infracción de la norma (de su vigencia) sino que se da entrada en el sistema al contenido de la norma (protector de bienes jurídicos) y a las valoraciones previas que la dotan de sentido, con lo que se le dota de un contenido material. Lo injusto es la infracción de una norma protectora de bienes jurídicos, lo que permite graduar la pena en función del ataque al bien jurídico, la importancia de éste último, la peligrosidad del ataque, que aumentará conforme avance la ejecución, etc. Esta conexión de lo injusto con el contenido de la norma de determinación da entrada al aspecto valorativo del Derecho penal —véase GIL GIL, en *Homenaje a Cerezo*, ob. cit.— que permite incluso fundamentar la pertenencia del resultado a lo injusto —CEREZO, *Curso II*, p. 156—.

¹⁴⁶ Ya hemos rechazado más arriba intentos como el de JAKOBS de objetivar lo injusto de los actos preparatorios. SANCINETTI, *Teoría...* p.422 y ss. pretende que hay tantas normas como pasos de voluntad requiere la ejecución del delito, pero en realidad en el primer paso, en la primera resolución de voluntad tienen que estar ya las siguientes o de lo contrario no habría tentativa, por lo que cada tipo, correspondiente a cada una de esas normas que se refieren a cada uno de los pasos de voluntad, incluiría un elemento subjetivo trascendente referido a todos los demás pasos que el sujeto deberá dar hasta la consumación — GIL GIL, RDPC, nº 6, 2000, pp. 116 y ss—. SANCINETTI reconoce expresamente la similitud de la tentativa inacabada con los delitos mutilados de varios actos con lo que la diferencia afirmada en el tipo subjetivo de la tentativa inacabada respecto de la acabada es meramente nominal —véase GIL GIL, ob. cit.— y resulta además muy cuestionable que en los casos de tipo objetivo recortado respecto del subjetivo la norma que está detrás del tipo venga determinada por el tipo objetivo recortado (o por la parte del tipo subjetivo congruente con el tipo objetivo, lo que al final viene a ser lo mismo, es el recorte del tipo objetivo el que determina la norma) y no por el tipo subjetivo com-

lo que me parece más difícil de explicar que la distinción de un injusto doloso y otro imprudente¹⁴⁷.

Si en la tentativa inacabada (por ej. de homicidio mediante envenenamiento por dosis sucesivas) lo injusto no se puede definir mediante la peligrosidad para el bien jurídico (vida) de la conducta objetiva realizada (el suministro de la primera dosis) habrá de renunciarse a una definición de lo injusto como creación de peligros o riesgos desaprobados, o renunciar a castigar esos actos como un injusto de tentativa inacabada de homicidio, pues el hecho objetivo realizado no puede relacionarse mediante el criterio del peligro con el homicidio. Si queremos castigar la tentativa inacabada y para ello por fuerza tenemos que utilizar el elemento subjetivo, la finalidad del autor, para poder conectar el hecho objetivo con el delito cometido será preciso idear un concepto de injusto que tome en consideración en su definición ese elemento subjetivo. Para el finalismo está claro que ello comporta poner el acento de lo injusto en el desvalor de acción concebida ésta como una unidad objetivo-subjetiva¹⁴⁸.

pleto que es necesario para identificar la acción delictiva y sin el cual no tendríamos o no podríamos identificar lo injusto específico. La verdad es que esta decisión me parece inexplicable. Tampoco resulta comprensible que afirme que ese dolo del mero acto ejecutivo sea un dolo de peligro. El sujeto al realizar el primer acto ejecutivo actuará efectivamente con dolo en sentido estricto respecto de dicho acto, pero el mismo puede no suponer todavía ningún peligro para el bien jurídico (una gota de veneno no puede poner en peligro la vida) y además el sujeto actuará sí con dolo en sentido estricto del acto ejecutivo pero con elemento subjetivo trascendente de lesión, lo que no puede obviarse. Afirmar que el sujeto sólo tiene dolo de peligro y por lo tanto no hay verdadero dolo de homicidio y la norma que se infringe es otra distinta de la del homicidio (además de ser falso porque los actos ejecutivos realizados todavía no han puesto en peligro al bien jurídico) supone desconocer el elemento subjetivo trascendente (intención de matar, intención de homicidio) que sin embargo nos resulta imprescindible para calificar la conducta como tentativa de homicidio y no por ej. de lesiones, e incluso para juzgar la peligrosidad, que en ese momento sólo podrá afirmarse del plan del autor y no del mero acto ejecutivo, para el bien jurídico. En contra de esta idea de la sucesión de normas distintas en la tentativa inacabada véase ZIELINSKI, *Handlungs...*, p. 141.

¹⁴⁷ Una construcción que fundamentara de manera diferente lo injusto de la tentativa inacabada y del delito consumado incurriría en la misma debilidad sistemática que se le atribuyó al intento de MEZGER de explicar cómo los elementos subjetivos imprescindibles en la tentativa desaparecerían sustituidos por el resultado en la consumación —véase CERREZO, *Curso*, II, p. 126; SERRANO PIEDECASAS, «Fundamento...» pp. 527-528—.

¹⁴⁸ Si se quiere mantener el concepto de peligro en la definición de lo injusto debería añadirse en todo caso el elemento subjetivo para poder explicar que en la tentativa inacabada esa peligrosidad no se predica del acto objetivo sino del plan del autor, y de esta manera lo injusto sería la realización de acciones (unidad objetivo-subjetiva) peligrosas. Las normas que están detrás de los delitos dolosos serán normas de determinación consistentes en prohibiciones de realizar acciones dirigidas por la voluntad a la lesión de un bien jurídico y objetivamente peligrosas, con lo que se excluiría la tentativa inidónea, lo que en principio no veo necesario, pues me parece que basta con excluir la irreal, para lo cual no es necesaria esta limitación.

La concepción de la antijuridicidad que hace residir lo injusto en el concepto de peligro lleva, si se es coherente, a un concepto de dolo limitado a su elemento intelectual, donde el dolo eventual se convierte en el dolo básico consistente en la representación del riesgo, y siguiendo la argumentación hasta sus últimas consecuencias, debe llevar también a una normativización de la distinción entre dolo e imprudencia de manera que la misma se decida en función de la medida del riesgo¹⁴⁹, lo que plantea los problemas ya explicados.

Por su parte el funcionalismo sistémico tampoco es capaz de explicar de forma coherente y convincente la diferencia punitiva de la tentativa y de los delitos imprudentes¹⁵⁰, además de los consabidos problemas de fundamentación circular y carente de límites internos que presenta esta construcción¹⁵¹ y de compartir con la postura anterior muchos de los problemas a los que conduce la pretendida objetivación y normativización del elemento subjetivo.

Cuando se toma una opción sobre el papel y la estructura de los elementos subjetivos en lo injusto y en lo justificante no se debe perder de vista el concepto de injusto y de norma a la que esa decisión nos lleva y las consecuencias que comporta. En mi opinión tanto las concepciones que extraen de la comprensión de la norma como norma de determinación la conclusión de que sólo existe infracción de la norma en los casos en que la norma puede motivar al sujeto¹⁵², como aquellas otras que partiendo del punto de vista opuesto, y a partir del fin de la pena, renuncian a la función de motivación de la norma sustituyéndola por la imputación de responsabilidad basada en un normativismo decisionista¹⁵³, llevan a una confusión entre lo injusto y la culpabilidad. Como

¹⁴⁹ Así lo ha destacado también SANCINETTI, *Subjetivismo*, p. 73.

¹⁵⁰ En realidad no es capaz nunca de explicar la clase y medida de la pena sin acudir a elementos ajenos al sistema, incurriendo por tanto en contradicciones. Véase GIL GIL en *Homenaje a Cerezo*, pp. 27

¹⁵¹ Véase GIL GIL en *Homenaje a Cerezo*, pp. 10 y ss, con ulteriores citas, y SCHÜ-NEMANN, en *Modernas tendencias...* pp. 643 y ss.

¹⁵² Como señala SILVA, «¿Directivas...?», p. 572, los autores que siguen esta línea tienden a desandar el camino seguido por Armin KAUFMANN en su distanciamiento de BINDING al ampliar el conjunto de elementos precisos para afirmar la concurrencia de una vulneración de la norma. En esta línea se encuentran, por ej., MIR PUIG, y muy claramente MOLINA FERNÁNDEZ.

¹⁵³ Como puede ser la postura de JAKOBS, a quien la renuncia al contenido de las normas le lleva a renunciar también a los datos psicológicos en la determinación de la responsabilidad, basando la imputación en los criterios de evitabilidad y responsabilidad por el déficit de la motivación jurídica dominante, decididos normativamente — PG, p. 174, p. 566, marg.1 y ss. y p. 662, marg. 13 y pp. 674 y ss., margs. 35 y ss.; el mismo, *Fundamentos*, pp. 38 y ss. JAKOBS apoya su argumento de falta de relevancia del dato psíquico en el carácter meramente facultativo de la atenuación de la pena en el párrafo

señala SILVA¹⁵⁴, estas construcciones carecen de la necesaria y útil delimitación de lo prohibido con independencia de que la vulneración de la prohibición no sea imputable.

Entrar a analizar lo subjetivo no implica que el castigo se fundamente en las malas intenciones del sujeto, en un ánimo hostil, etc. como han pretendido algunos objetivistas¹⁵⁵, sino conocer la unidad subjetivo-objetiva de la acción y además resulta ineludible en sistemas como los nuestros, en los que la Ley conoce tipos de lo injusto y tipos de justificación de consumación anticipada.

Bibliografía citada

- ALCACER, *Tentativa y formas de autoría*, Madrid, 2001.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal, Iure, 4ª ed., Madrid, 1997.
- BERDUGO y otros, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., 1999.
- CANCIO MELIÁ, M., «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)», en CANCIO/ FERRANTE/ SANCINETTI, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid, 2004.
- CARBONELL MATEU, J. C., *Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal*, Servicio de Reprografía de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», en RDPC, n. 10, 2002
- COBO/ VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- CORCOY BIDASOLA, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 3ª ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981

17 del Código penal alemán que regula el error de prohibición —*Fundamentos*, p. 39-, argumento que obviamente no es trasladable al Derecho penal español. Además, como ha señalado con razón SANCINETTI, *Subjetivismo*, pp. 130— 131, en contra de la pretensión de JAKOBS, no es cierto que este autor prescinda realmente de todo dato psicológico.

¹⁵⁴ SILVA, ¿Directivas..., p. 573 y 574.

¹⁵⁵ De la misma opinión ALCACER, *Tentativa...* p. 50.

- ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931
- FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona, 1986
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», en RDPCUNED, n° 1 extraordinario, marzo, 2000
- *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001
- FRISCH, W, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.
- «Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements» en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin, 1987.
- «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad», en VV AA, *El error en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- *Vorsatz und Risiko*, 1983
- GALLAS, W., «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs» en Bockelmann *Festschrift*, 1979.
- GHERIG, K., *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Dunker & Humblot, Berlin, 1986.
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.
- «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención», en *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, n° 6, 2000.
- *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002.
- «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», en *Revista penal*, n° 1 del 2002, Buenos Aires 2002.
- «Prevención general positiva y valores ético-sociales» en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, n° X, 1985-86
- *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1976
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980.
- GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Trivium, Madrid, 1990.
- «El «iter criminis» en el Código penal español de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.
- GRACIA MARTÍN, L., (Coord.)/ BOLDOVA PASAMAR, M. A./ ALASTUEY DOBON, C., *Leciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrecht, 2. Auf. Beck, 1990.
- HERZBERG, R. D., «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewuster Fahrlässigkeit –ein Problem des objektiven Tatbestandes» en *JuS*, 1986

- HERZBERG, R. D., «Das Wollen beim Vorsatzdelikte und desen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten» en JZ, 1988.
- HIRSCH, H. J., vor § 32, en Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 1994
— «Rechtfertigungsfragen und Judikaturdes Bundesgerichtshofs», en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, 2000.
- HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984
- JAKOBS, G., *Fundamentos de Derecho penal*, Trad. Cancio Meliá y Peñaranda Ramos, AD—HOC, Buenos Aires, 1996
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., de Gruyter, Berlin, 1993. (*Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Muriello, Marcial Pons, Madrid, 1995.)
— *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996.
— «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», en ADPCP, t. XLII, fasc. II, 1989.
— *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003.
- JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. Auf., Berlin, Dunker & Humblot, 1996.
- JIMENES DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, 3ª ed. 1970.
- KAUFMANN, Armin, «Der dolus eventualis im Deliktstaufbau», en ZStW, 70. Band/1. Heft, 1958; «El dolo eventual en la estructura del delito», en ADPCP, 1960.
- LAMPE, E. J., «Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe», en Goltammer's Archiv für Strafrecht, 1978
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LENCKNER, «Vorbem § 32», en SCHÖNKE/SCHRÖDER: .Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Auf., Beck, München, 1997
- LESCH, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- LOOS, F., «Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente», en *Festschrift für Dietrich Oheler zum 70. Geburtstag*, Heymanns Verlag, 1985.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal, Parte General, I*, Universitas, Madrid, 1996
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
— *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- MEZGER, *Tratado de Derecho penal, tomo I*, traducción y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998; 6ª ed. 2002, 7ª, 2004.
— «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», en Problemas específicos de la aplicación del Código penal, Manuales de formación continuada, 4, 1999.

- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2º ed., Barcelona, 1982.
- MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951.
- NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, Madrid, 2003
- POLAINO NAVARRETE, M., «Die Strafrechtdogmatik der subjektiven Unrechtselemente in den gesetzlichen Tatbeständen des Spanischen Strafgesetzbuches von 1995», en *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C. F. Müller, Heidelberg, 1999.
- PRITTWITZ, C., «Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1980.
- PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.
- RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./ SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1977
- «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad, en *Estudios penales, Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- ROMEO CASBONA, C., «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª ed., Verlag C.H. Beck, Munich, 1997
- RUDOLPHI, H.-J., «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en SCHÜNEMANN, B., (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Causalidad e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- RUEDA MARTÍN, M. A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Bosch, Barcelona, 2001.
- SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- SERRANO MÁILLO, A., *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, Dykinson, Madrid, 1999.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, AT*, 2. Auf., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984
- SCHÜNEMANN, B. «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1985.

- «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal» en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, ¿Directivas de conducta o Expectativas institucionalizadas? en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, 2001.
- SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*. Comares, Granada, 1996
- STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 1996.
- «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», ZStW, 71. Band / 1. Heft.
- STRUENSEE, E., «Dolo y causalidad putativa», ADPCP, 1990
- TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- «La tentativa con dolo eventual», en ADPCP, t. XLV, fasc. II, 1992
- TORÍO LOPÉZ, A., «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en ADPCP, fasc. 2-3, 1986.
- TRAPERO BARREALES, MARÍA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.
- VALLE, *El Elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, 1994.
- VEHLING, KARL-HEINZ, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a. M., 1991.
- WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969 (*Derecho penal alemán*, traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, 2ª edición castellana, Editorial jurídica de Chile, 1976.
- *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción al castellano y notas de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, Duncker&Humblot, 1981
- «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez una contribución al estudio de la aberratio ictus», en *El sistema moderno del Derecho penal*, Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50 Aniversario, Madrid, 1991.
- ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.