

Falsas antinomias en la teoría del delito

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

La teoría del delito ha experimentado un desarrollo inusitado en España durante los últimos veinte años. El número de investigaciones dedicadas a los más diversos aspectos de la teoría, desde posiciones muy variadas, comienza a ser inabarcable. Puede decirse que la discusión en torno a la teoría del delito se ha institucionalizado, entendiendo por «institucionalización» la creación de un cuerpo de doctrinas que se cuestionan mutuamente sin necesidad de buscar fuera del debate interno entablado nuevos argumentos. Ya no se trata tanto de crear las propias premisas, sino de desarrollarlas y contrastarlas con otras divergentes a la luz del problema concreto que se debate. Hablar de teoría del delito entraña, por lo demás, dar por supuesto que se alude a *elementos estructurales mínimos del hecho punible* (1); si bien ello ha podido servir para achacarle a la teoría opuesta una asepsia que pueda ser utilizada ideológicamente, como, por ejemplo, que la doctrina del injusto personal se presta a un Derecho Penal del ánimo, algo que contribuye poco al debate fructífero que cabría esperar de aceptar —de entrada— el mayor número posible de alternativas.

El estado actual de la teoría del delito en nuestro país ha alcanzado, pues, un nivel en el cual se hace necesario y conveniente contrastar las propias premisas de que se parte con las sustentadas por otras concepciones real o supuestamente contrapuestas. Ello puede ser muy esclarecedor por dos razones. En primer lugar, porque obliga a preci-

(1) Vid. Joaquín Cuello Contreras, «Sobre los orígenes y principios del método dogmático en la teoría del delito», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1989, pp. 113 y ss.

sar en qué difiere y en qué converge la propia posición con las demás. En segundo lugar, lo que quizá es más importante, porque permite aislar los problemas que ni una ni otra teoría han resuelto todavía. Constituyen *falsas antinomias* las afirmaciones realizadas desde una determinada posición doctrinal según la cual la posición contraria no permite llegar a una solución satisfactoria de algún problema básico de la teoría del delito, siendo así que en esa teoría criticada el problema está al menos tan bien resuelto como en la que se sustenta. En cambio, son *auténticas antinomias* aquellos problemas del Derecho Penal a los que ninguna teoría del delito les ha encontrado una solución satisfactoria.

Así, el reproche de que el Finalismo no concede ninguna importancia al resultado del delito, porque en su sistema no tiene ninguna cabida, constituye una falsa antinomia. La *razón* por la cual el resultado aumenta la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor que lo causó, en cambio, constituye una auténtica antinomia. Nadie, ninguna teoría, ha podido explicar por qué, no pudiéndose (no debiéndose) prescindir de la consideración del resultado, no hay forma de ponerlo en relación con el comportamiento de quien lo produjo, salvo la causalidad que, como se acepta unánimemente, es insuficiente para *fundamentar* una responsabilidad penal.

A continuación se circunscribirá el tema a la constitución del injusto (dejándose para mejor ocasión la problemática de su exclusión). Para ello se han elegido tres concepciones representativas de otros tantos planteamientos divergentes sobre la cuestión. Con la elección, por lo demás, no se pretende ni mucho menos postergar obras excelentes y muy representativas de nuestra doctrina penal. Las tres teorías del delito elegidas, sin embargo, presentan una panorámica bastante amplia del estado actual de la teoría del delito en España, están contenidas en obras generales fácilmente accesibles al lector y desarrollan coherentemente las premisas de que parten. Empleando una terminología convencional —que sin duda habrá que revisar—, la obra de los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón (2) sustenta una concepción «puramente» objetiva del injusto; la del profesor Mir Puig (3) parece una concepción «mixta» objetivo-subjetiva que, al menos, requiere un peligro de lesión para que se constituya el injusto; y la del profesor Cerezo Mir (4) constituye una teoría «mixta» subjetivo-objetiva que, inspirada en el Finalismo de Hans Welzel, admite que al menos en algún caso existe injusto sin que se haya creado peligro alguno de lesión del bien jurídico. Lógicamente, el elemento que

(2) Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1990.

(3) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., 1990.

(4) José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, 3.ª ed., 1985.

falta para trazar una panorámica completa —sirviendo de contraste con las anteriores teorías— lo suministra una teoría del delito inspirada en el Finalismo que, recogiendo elementos de su desarrollo posterior a Welzel, puede etiquetarse, siguiendo la terminología anterior, de concepción «puramente» subjetiva. Claro que la terminología es sumamente peligrosa y ha servido para crear equívocos. Todas las matizaciones que se hagan en este extremo, pues, serán pocas:

Es sabido de todos cómo la doctrina de la imputación objetiva ha animado y renovado la teoría del injusto, introduciendo en su seno una serie de consideraciones valorativas que la concepción del injusto basada sólo en la causalidad no podía percibir, y mucho menos resolver. Es conocida, también, la amplia acogida que tal doctrina ha encontrado en nuestra ciencia penal. Pues bien, las críticas que recientemente se le han formulado a dicha doctrina han puesto de relieve una vez más la oposición *objetivismo-subjetivismo*. Al menos en parte, se dice, los problemas que quiere resolver la doctrina de la atribución objetiva en sede de *limitaciones* del tipo objetivo se resuelven en el tipo subjetivo, pudiéndose prescindir de semejante teoría (5). Peligros que han desembocado en la efectiva lesión del bien jurídico no se excluyen del tipo porque no sean peligros objetivamente imputables, sino porque el autor no se los representó. Si el autor se los hubiese representado, *esos mismos* peligros objetivos (existentes en ambos casos) serían, sin duda, imputables. Con toda seguridad el debate continuará: ¿Qué pertenece al tipo objetivo?, ¿qué al tipo subjetivo? Ya, no obstante, al hilo de la polémica puede formularse una conclusión que deshace algún equívoco: el *dolo* es la representación que acompaña a los actos encaminados a realizar íntegramente las circunstancias que constituyen el tipo objetivo, no mera voluntad de acción, ni voluntad de lesionar el bien jurídico o de realizar el tipo de injusto (6). Esta concesión, que el Finalismo puede

(5) Vid. Armin Kaufmann, «¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?» (trad. de Joaquín Cuello Contreras), en *ADP*, 1985, p. 816 («A la luz del *dolo* se funde la completa problemática como la nieve al Sol»).

(6) Eberhard Struensee, «Tentativa y dolo» (trad. de José Luis Serrano González de Murillo), en *CPCr*, 1989, pp. 405 y ss., retomando una investigación anterior de Herbert Fiedler, ha puesto de relieve que entre el acto y la representación subjetiva del autor no existe sólo una relación *interna* (previa)-*externa*, sino también una relación *interna-interna*, según la cual los actos que va realizado aparecen como el producto de su plan. En la tentativa acabada, el plan completo se ha realizado cuando se llevaron a cabo todos los actos que, en la representación del autor (tipo subjetivo completo), producirían el resultado. En la tentativa inacabada no se ha realizado completamente ni el tipo objetivo ni el tipo subjetivo. Así, pues, «sólo cuando el autor empieza a realizar su propósito delictivo, con la fase del comienzo directo del hecho, hay un proceso psico-jurídico penalmente relevante» (p. 411). Heribert Schumann, «Zur Wiederbelebung des “voluntativen” Vorsatzelements durch den BGH», en *JZ*, 1989, pp. 427 y ss., por su parte, para precisar el tipo subjetivo del delito doloso utilizando elementos suministra-

realizar fácilmente porque nunca manifestó lo contrario, debe ser completada con otra consideración: no se trata de contraponer lo subjetivo a lo objetivo, ni siquiera de yuxtaponer lo uno a lo otro; se trata, más bien, de prescindir de lo que, de no ser así, llevaría a otra falsa antinomia. En la valoración jurídico-penal de los hechos no se puede prescindir de las representaciones de su autor (7). Que un hecho, el mismo hecho, permita o no una valoración penal determinada depende de lo que el autor que lo causó se representó. El mismo hecho de golpear levemente a un hemofílico *causándole* la muerte merecerá la calificación de penalmente irrelevante (por lo que se refiere a la muerte, no a los golpes leves) o relevante (p. ej., homicidio imprudente), según que el autor del golpe conociera o no la enfermedad de la víctima. Por eso se decía antes que la relevancia del resultado constituía una auténtica antinomia del Derecho Penal: el Derecho quiere evitar lesiones de bienes jurídicos, prohibiendo su puesta en peligro; pero la capacidad del individuo de prever los peligros de lesión de los bienes jurídicos es limitada. Por eso, la lesión del bien jurídico que quiere evitar el Derecho Penal no la puede prevenir siempre.

Así pues, se procederá en lo que sigue al contraste de las teorías antes enunciadas, usando de hilo conductor los siguientes criterios: *a)* La orientación de todas ellas a metas de Política criminal: protección de los bienes jurídicos y garantía de la libertad del individuo, básicamente. *b)* Su fundamentación en una teoría general de las normas o argumentación filosófico-jurídica, imprescindible en un Derecho Penal que tiene que justificar (ético-)normativamente su validez (8); aunque de ahí se intente deducir, erróneamente, que una concepción se oriente preferentemente a lo objetivo o a lo subjetivo según que acentúe el carácter valorativo o prescriptivo de las normas penales. *c)* Su confirmación o no en el Derecho Penal positivo, de donde cabe deducir que, distinguiendo el Legislador entre delitos consumados y delitos intentados, obliga a explicar —a quienes entienden que el injusto lo proporciona la lesión del bien jurídico— por qué castiga el Legislador la tentativa, en tanto que quienes entienden que lo constituye la tentativa (acabada) deben explicar por qué el delito consumado se castiga más severamente.

dos por Struensee al elaborar un tipo subjetivo del delito imprudente (*vid. ADP*, 1987, pp. 423 y ss.), muestra convincentemente que el dolo lo constituye la representación de *circunstancias fácticas* que suponen la realización de los elementos del tipo objetivo, y no la representación de que existe un peligro de realizar el tipo objetivo o que se puede producir la lesión del bien jurídico (pp. 432 y ss.).

(7) Así lo reconoce, desde posiciones no finalistas, Erich Samson, *Strafrecht I*, 7. Aufl., 1988, p. 16.

(8) *Vid.* Joaquín Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, 1990, p. 20.

Como ya se anunció, el objetivo de estas páginas es el de subrayar puntos de coincidencia y puntos de divergencia —estos últimos con indicación de los fallos de la posición contrapuesta, a la luz de los postulados de la propia—. Ni que decir tiene que se trata, al menos, de contribuir a resaltar los puntos donde conviene seguir debatiendo, prescindiendo de aquellos que una teoría puede concederle fácilmente a la otra.

II

1

a) Una concepción preferentemente orientada a lo *objetivo*, como ya se anticipó, es la de Cobo del Rosal y Vives Antón. Para estos autores, el injusto lo constituye la efectiva lesión del bien jurídico, entendida como la creación de un estado no deseado por el Derecho, *valorado* negativamente por él (9). La norma penal, por tanto, es, ante todo, *norma de valoración*, ya que valora negativamente la creación de un estado perjudicial para el bien jurídico que la norma quiere proteger. Si no se produce la lesión *real* del bien jurídico no habrá injusto alguno, pues el Derecho Penal sólo debe intervenir para castigar la creación de tal estado, excediendo de su competencia toda restricción de libertad cuando el mal uso de ella no ha desembocado en la efectiva lesión del bien jurídico (10). La argumentación, pues, es de Política criminal, ya que por lo que se pregunta es acerca de cuándo debe intervenir el Derecho Penal, y se contesta, desde el respeto a la libertad, que sólo cuando se ha lesionado, efectivamente, el bien jurídico habrá injusto.

Tal planteamiento, cuyo espíritu no se desearía traicionar aquí, puede interpretarse en los siguientes términos: si el injusto equivale a la *efectiva* lesión del bien jurídico, entendida como la creación de un *estado* antijurídico, se negará incluir en el mismo ya la mera creación de un *peligro* de lesión, pues la creación de un estado peligroso como fase previa a la efectiva lesión incluye tanto aquellos peligros que han desembocado en la efectiva lesión como otros que no lo han hecho, con lo que se ampliaría el ámbito del Derecho Penal en contra de la libertad. Además, la antijuridicidad no radica en el *comportamiento* que produce la lesión, sino en la misma lesión. De ahí el rechazo del entendimiento de la norma penal como *norma de determinación*. Pues si así fuese, por necesidad lógica, la antijuridicidad no residiría en el estado del bien jurídico, sino en la *voluntad subjetiva* dirigida a la

(9) Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, p. 213.

(10) Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, pp. 234 y s.

creación de ese estado, aun en el caso de que tal estado no se haya producido ni pueda producirse. Originándose, por esta vía, una nueva ampliación del Derecho penal a costa de la libertad. Sólo la lesión efectiva o potencial de bienes jurídicos es objeto de la sanción penal, siendo relevante el comportamiento únicamente en esa medida, y no considerado en sí mismo.

La norma penal, continúan Cobo del Rosal y Vives Antón, sólo es *norma de determinación* al llegar a la *culpabilidad*. Allí la norma sí obliga al sujeto a omitir un comportamiento, o a realizarlo, en tanto que con él puede evitar un estado antijurídico (lesión de bienes jurídicos), de manera que sólo quien ha podido cumplir el deber individual dimanante de la norma del Derecho (siempre norma de valoración) habrá actuado culpablemente. Con ello, además, se salva el obstáculo representado por la «teoría de los imperativos»: sólo los capaces de culpabilidad infringen la norma de determinación, pero también los incapaces han lesionado la norma de valoración, han producido la lesión del bien jurídico, han realizado, en suma, el injusto (11).

b) La premisa de que parte la concepción objetiva del injusto brevemente expuesta puede compartirse en lo fundamental, en lo que tiene de argumentación de Política criminal y en lo que tiene de teoría de las normas. Pues que el Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos es algo compartido hoy por todos. El Derecho Penal garantiza con ello, además, la libertad del ciudadano frente a posibles intentos por parte del Estado en orden a ir más allá de lo estrictamente necesario para asegurar la convivencia. La norma penal, por otra parte, es ante todo norma de valoración, pues, para garantizar la pretensión anterior, no cabe duda de que sólo aquello que resulta *valorado* negativamente por el Derecho, en orden al mantenimiento del sistema de bienes jurídicos que quiere proteger, será lo que tratará de evitar, sancionando su producción, si es necesario, con penas.

Incluso la función asignada por la teoría objetiva a la norma penal en el ámbito de la culpabilidad, una función de *determinación*, puede aceptarse (con independencia de que otras concepciones asignen esa función a la norma en distinto ámbito de la teoría del delito, anterior a la culpabilidad), y *añadida* a la primera función de valoración. Es más, probablemente la estructura del *objeto* de la determinación que la concepción objetiva atribuye a la norma en el ámbito de la culpabilidad coincidirá con el *objeto* de la norma de valoración y de determinación que esas otras concepciones atribuyen *simultáneamente* a la norma ya en el ámbito del injusto: la prohibición de comportamientos finales dirigidos a producir la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro.

(11) Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, p. 213.

En cualquier caso, lo que ahora interesa retener es que los postulados principales de que parte la concepción objetiva (exigencia de lesión efectiva del bien jurídico y negación de que el injusto lo constituya un mero comportamiento), especialmente las consecuencias que se extraen de ellos, son perfectamente asumibles por otras concepciones del injusto a las que la concepción objetiva pretende negarles *objetividad*.

c) La concepción objetiva del injusto es una concepción hecha a la medida del *delito consumado*. A la luz del delito consumado, sin embargo, una concepción tildada por sus enemigos de «subjetivista», como la finalista, no representa una ampliación del Derecho Penal a costa de la libertad, sino todo lo contrario, una restricción del injusto objetivo a aquellas lesiones de bienes jurídicos que su autor pudo evitar. La concepción del injusto personal concibe el delito consumado como la lesión del bien jurídico que ha tenido su origen en actos (¡objetivos!) dirigidos por su autor a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. La *objetividad* de la teoría del delito, su validez general (12), se basa en el conocimiento de las leyes de la causalidad, en virtud del cual quien pone en marcha conscientemente un proceso causal real adecuado a la producción del resultado por sí mismo, y el resultado se ha producido, ha realizado el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito consumado. No existe más «subjetivismo» en el Finalismo que el referido al «objetivismo» del tipo de delito correspondiente. Cuestión distinta es que los Códigos penales, como el nuestro, conocen, junto al delito consumado, *tipos de tentativa*.

d) Ya en su investigación de 1959 sobre la teoría de las normas en el pensamiento de Karl Binding se ocupó Armin Kaufmann del problema de la esencia valorativa de la norma, pues precisamente Binding se había visto implicado en la célebre discusión, entonces en boga, acerca de los destinatarios de las normas y las críticas dirigidas contra la teoría de los imperativos. [El mismo Kaufmann subraya la preocupación manifestada por Binding acerca de si no habría desarrollado de manera insuficiente su propósito de no reducir la función de la norma a una función de determinación, reconociéndole, con mejor criterio, una naturaleza también, y previamente, valorativa (13).] Kaufmann completa el pensamiento de Binding en este punto dividiendo en escalones el proceso de formación de las normas (14): en un primer escalón, el Legisla-

(12) Vid. Struensee, «Atribución objetiva e imprudencia» (trad. de José Luis Serrano González de Murillo), en *CPCr*, 1991, p. 450.

(13) Armin Kaufmann, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), 1977, pp. 88, 162.

(14) Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, pp. 90 y ss. Extendido, a su vez, posteriormente, por Eckhard Horn a la noción de peligro.

dor establece qué bienes deben ser protegidos; en un segundo escalón, se procede a valorar positivamente todo aquello que favorezca el mantenimiento de tales bienes jurídicos y a *valorar* negativamente lo que pueda perjudicarlos, proceda de donde proceda el ataque (bien del hombre, bien de cualquier otro agente de la naturaleza, p. ej.: la tormenta que destruye la cosecha); finalmente, en un tercer escalón, el Legislador procede a *valorar*, positiva o negativamente, comportamientos dominables por el hombre, que favorecen o perjudican el mantenimiento de los bienes jurídicos. Siendo de este último escalón de donde surge la función de *determinación* de las normas: el Derecho prohíbe comportamientos humanos, valorados negativamente, porque son aptos para lesionar los bienes jurídicos. De esta manera, la norma así entendida, en su proceso de gestación, cumple una función de valoración y una función de determinación *al mismo tiempo*. La norma de valoración y la norma de determinación (un segmento de la norma de valoración), al contemplar comportamientos humanos, coinciden en esta concepción; algo que, como pone de relieve Armin Kaufmann, no ocurre en la concepción de Edmund Mezger, uno de los autores que sirve de inspiración a los defensores de las teorías objetivas de la actualidad, para quienes la norma de valoración característica del injusto no coincide con la norma de determinación característica de la culpabilidad: el resultado causado por el hombre de una manera puramente fortuita crea un estado antijurídico; sólo el causado por un comportamiento genuinamente humano, dominable, puede fundamentar la culpabilidad (15).

De esta concepción de la norma en Kaufmann, contrapuesta a la puramente objetivista, cabe cuestionar si, como sustentan Cobo del Rosal y Vives Antón, supone una ampliación del injusto a costa de la libertad: según los autores considerados, si el injusto no lo constituyese la creación de un estado objetivo, de lesión efectiva del bien jurídico, sino un comportamiento humano dirigido a tal lesión (o peligro de lesión), lo desvalorado lo sería la *voluntad subjetiva* del autor, *dirigida* a esa finalidad, con independencia de que tal voluntad subjetiva se haya concretado efectivamente (con independencia, incluso, de que pueda) en lesión del bien jurídico, o no. De esta manera, el ámbito del injusto se vería ampliado, ya que incluiría, al menos, junto a los supuestos de efectiva lesión del bien jurídico, supuestos de voluntad dirigida a tal finalidad que nunca podrán llegar a la efectiva lesión.

Formulada así la cuestión, en lo primero en que se piensa es en el problema que representa la punición de la *tentativa inacabada*, donde el curso causal puesto en marcha por el autor todavía no ha salido de sus manos. Aquí, en efecto, no hay lesión ni peligro de lesión, lo que excluye que se pueda fundamentar su punición con la teoría objetiva;

(15) Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, pp. 101 y ss.

pero tampoco se resuelve con una teoría subjetiva de la tentativa. Que la doctrina del injusto personal, ni ninguna otra doctrina, haya acertado hasta el momento a determinar qué norma lesiona el autor de tal comportamiento, es una prueba de que aquella doctrina no concibe el injusto como mera «voluntad subjetiva» (16). Parece claro, por otra parte, que el Derecho no puede impedir que, por ejemplo, ejerza legítima defensa la víctima contra quien va dirigida la tentativa, definiéndola como antijurídica (17), y no precisamente por el «ánimo».

Más importante que eso es que, en realidad, ninguna de las cuestiones relacionadas con la tentativa, acabada o inacabada, idónea o inidónea, como habrá ocasión de comprobar después, puede resolverse exclusivamente como una concepción que circunscriba el injusto sólo a la lesión efectiva del bien jurídico, dado que, definida la tentativa como la no lesión del bien jurídico constatada *de facto, ex post*, allí donde no hubo lesión no hubo tampoco peligro previo, o, si se prefiere, *a sensu contrario*: la prueba del peligro es la efectiva lesión; lo que más bien hubo fue un error (elemento subjetivo) por parte del autor, que creyó estar realizando actos encaminados a la lesión del bien jurídico que, en realidad, no eran idóneos para ello. Para concebir el injusto de la tentativa, tiene que modificarse también la concepción objetiva que estamos considerando (18).

(16) *Vid.* Struensee, *CPCr*, 1989, pp. 421 y s. En la tentativa acabada, el autor ha realizado actos de los que el resultado puede sobrevenir ya sin su intervención; tales actos son el objeto de una norma de prohibición obvia, que viene a decir: «¡No hagas aquello que, con posterioridad, “siguiendo su curso”, puede causar el resultado!». En cambio, en la tentativa inacabada parece algo superfluo intentar leer una norma que no puede prevenir más de lo que ya previene la norma de la tentativa acabada (p. 420).

(17) *Vid.* Struensee, *CPCr*, 1989, p. 421, nota 72.

(18) Así lo perciben ya Cobo del Rosal y Vives Antón en numerosos pasajes de su obra: «Desde hace muchos años se ha puesto en claro, en el seno del pensamiento penal, que también pertenecen al injusto determinados momentos anímicos: basta pensar en la tentativa, cuyo injusto no puede definirse exclusivamente por referencia al acontecimiento externo, sino que precisa el complemento de una cierta dirección de voluntad sin la cual faltaría al comportamiento la lesividad potencial que hace de aquél una infracción punible» (p. 225). «*Con carácter general, puede afirmarse la presencia de la resolución delictiva como elemento subjetivo del injusto en los delitos intentados y frustrados.* En ellos, el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto se halla encaminado por el autor a la lesión del bien jurídico» (p. 310). Ciertamente, los autores salvan lo que en otro caso sería una incoherencia, sosteniendo que el subjetivismo que se ha deslizado en el tipo se limita a colorear una base objetiva pura («En tanto no se sitúe el *fundamento* de la antijuridicidad de la infracción en el momento del ánimo y en tanto dichos momentos anímicos no constituyan, por sí solos, el delito, sino que se limiten a operar como simples *factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia consecuencias jurídicamente desaprobadas*, su inclusión en los tipos no representará una vulneración del principio del hecho») (p. 269), y reconocen que el Legislador es muy libre de caracterizar el tipo con elementos objetivos o subjetivos, pues para ellos la «objetividad» está garantizada por la valoración (¡objeti-

En cambio, si nos mantenemos en el ámbito del delito consumado, del que nos hemos venido ocupando hasta ahora, cabe responder a la cuestión planteada afirmando que las concepciones que no se conforman con definir el injusto en base a la mera lesión del bien jurídico, lo que hacen es restringir el ámbito del injusto en unos términos más amplios que la concepción objetiva, desde el momento en que estiman que no toda lesión del bien jurídico constituye ya el injusto, sino solamente aquellas lesiones que han tenido su origen en actos dominables por el hombre, los del tercer escalón en la teoría de las normas de Armin Kaufmann, es decir, en acciones finales dirigidas a la lesión del bien jurídico. De esta manera, de todas las situaciones en las que se ha producido la lesión del bien jurídico, sólo serán jurídicamente relevantes aquéllas en cuyo origen se encuentra el acto de un hombre dirigido a esa finalidad de lesión (o, en su caso, de puesta en peligro seguida de lesión: delito imprudente).

Mirando, pues, desde el ángulo de la teoría de las normas, y desde el ángulo de una Política criminal de la libertad, esta concepción preserva la libertad frente a la intervención penal del Estado en unos términos más amplios (o ya antes de llegar a la culpabilidad, en el injusto) que la propia concepción objetiva, ideada con tan encomiable finalidad de Política criminal en la configuración de Cobo del Rosal y Vives Antón.

e) La concepción objetiva del injusto, por lo demás, completará lo establecido en el ámbito del injusto, entendido como valoración negativa de todo aquello que representa un menoscabo efectivo del

va!) que supone el tipo, sin comprometer a su sistemática la presencia de elementos subjetivos, a diferencia de lo que ocurrió con el Causalismo, para quien el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto supuso graves dificultades de asimilación que desembocaron en el Finalismo (pp. 308 y s.). Cobo del Rosal y Vives Antón llegan incluso a asumir la posibilidad de que el sistema puramente objetivo fracasase por no poderse llevar hasta sus últimas consecuencias; pero, acertadamente, entienden que las empresas científicas están para eso (p. 292).

Ahora bien, no se trata de dejar fuera de la fundamentación que se pretende todo el capítulo de la tentativa, a la que habría que buscar un fundamento distinto al del delito consumado; no se trata, tampoco, de definir el injusto a la manera que lo hace esta concepción y añadirle elementos subjetivos cuya relevancia habría que justificar; no se trata, en fin, de preservar la objetividad del Derecho con el requisito de la tipicidad, lo que, siendo cierto, no prejuzga nada sobre lo que puede ser contenido de la tipicidad. El Finalismo, precisamente, surgió y se ha desarrollado con el designio de fundamentar *unitariamente* el injusto, de tal manera que, preservada la objetividad que proporciona la exigencia de lesión del bien jurídico, evidenciada en la causación típica del resultado, se afiance dicha protección de la única forma que el Derecho puede hacerlo con visos de eficacia (prevención) y garantía de la libertad: esto es, puniendo sólo los actos encaminados conscientemente a su lesión o puesta en peligro. Así, se fundamenta tanto el injusto consumado como el intentado y se garantiza la objetividad del Derecho que proporciona aquello que tiene validez general frente a todos.

bien jurídico, con lo establecido en el ámbito de la *culpabilidad*, donde procederá a restringir la responsabilidad penal a las lesiones del bien jurídico producidas mediante comportamientos dominables por el hombre, bien se trate de conductas finales dirigidas a la efectiva lesión del bien jurídico (ya producida) y a la infracción de la norma que prohíbe su realización (conocimiento de la antijuridicidad) o *dolo*, bien se trate de conductas que han producido la efectiva lesión sin voluntad de hacerlo, pero que pudieron ser evitadas desde la previsibilidad subjetiva de la producción del resultado (*culpa*) (19).

Allí, efectivamente, en la culpabilidad, pueden plantearse los mismos problemas que otras concepciones plantean ya en el ámbito del injusto. No es el momento de volver sobre la cuestión que ha ocupado a la doctrina durante años y años en torno a la sistemática del delito. Tampoco es cuestión de volver a las objeciones que se le hicieron al primer Welzel sobre si su concepción del injusto personal confundiría la antijuridicidad y la culpabilidad, subjetivizando aquélla con elementos propios de la culpabilidad (20). [Sirva sólo como ejemplo de que no es así el hecho de que en la concepción de Welzel también los inimputables y quienes ignoran la prohibición siguen actuando antijurídicamente: *concepción objetiva de la antijuridicidad*; no basada en la efectiva lesión del bien jurídico solamente, sino en actos encaminados subjetivamente a esa finalidad en base al conocimiento objetivo de la causalidad (21).] Lo que sí debe retenerse, pues, es que, en principio, el injusto de esta concepción sigue siendo un injusto objetivo, entendido como lesión del bien jurídico, y que representa una restricción de la concepción objetiva tradicional del injusto, en unos términos equiparables a la restricción del injusto que la concepción objetiva realiza a la hora de llegar a la culpabilidad.

Cuestión distinta es la de si con tal restricción del injusto que la concepción objetiva experimenta a través de la concepción personal

(19) Vid. Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 415: «Para que concurra la forma de culpabilidad dolosa no es suficiente con que el autor haya sabido y querido lo que hacía, sino que es preciso también que haya sabido que no debía hacerlo y que, pese a ello, se haya decidido a realizarlo (*nota bene*)»; p. 427: «*El deber subjetivo* (de cuidado) atiende a las peculiaridades del autor y existirá siempre que a éste se le puede exigir personalmente, a la vista de su particular capacidad, lo objetivamente debido».

El actuar consciente y querido, sabiendo que no se debía —*forma de culpabilidad dolosa*—; el actuar que no realiza lo objetivamente debido a pesar de que su autor pudo motivarse a cumplirlo —*forma de culpabilidad imprudente*— estará constituido por una acción final, es decir, *dominable* por el autor. Vid. ya: Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 109: «Obviamente, aquí se refiere (Mezger) a acciones (finalistas) que han de ser realizadas u omitidas».

(20) Sobre la «objetividad» del injusto personal, vid. Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 161 y ss.

(21) Hans Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4, Aufl., 1961, pp. 29 y s.

no se produce una protección *insuficiente* de los bienes jurídicos de que parte el Derecho penal, ya que dejarían de ser antijurídicos supuestos donde se ha producido la lesión del bien jurídico que no ha tenido su origen en un comportamiento final, dominable por el hombre (22). Pues bien, con independencia de que este problema afecta al tema de la exclusión del injusto (legítima defensa) —temática que aquí no se puede abordar— y donde la cuestión planteada por la teoría objetiva muestra todo su significado (¿no puede defenderse el titular del bien jurídico frente a quien va a causar de forma imprevisible la lesión? O, a la inversa: ¿hay que soportar el sacrificio de bienes jurídicos que va a emprender quien cree preservar un estado deseado por el Derecho erróneamente?) (23), lo que ahora interesa resaltar es que, produciéndose aquí un conflicto entre la necesidad de protección de los bienes jurídicos y la libertad de quien los lesiona, la concepción personal opta por la libertad, entendiendo que no cabe otra técnica de protección de los bienes jurídicos sino la que haga posible el cumplimiento, por parte del destinatario, de las normas dadas con tal finalidad: el Derecho no puede calificar de antijurídico el estado creado por el hombre de forma inevitable. Tampoco aquí amplía la concepción subjetiva el ámbito de lo punible, sino que lo restringe más que la concepción objetiva.

(22) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 346, resuelven el problema de la *agresión* en la legítima defensa exigiendo que aquella sea producida dolosa o, al menos, imprudentemente, es decir, en la terminología finalista, mediante una acción final o evitable; modificando, así, el concepto de antijuridicidad al llegar a las causas de justificación. De esta forma, según la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón, mientras que el injusto lo constituye la causación del resultado desaprobado por el Derecho, la antijuridicidad de la agresión requiere culpabilidad (la culpa como forma de culpabilidad). Con mejor criterio, sostiene Diego-Manuel Luzón Peña en *Comentarios a la Legislación penal* (dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Manuel Bajo Fernández), Tomo V, vol. 1.º (*La Reforma del CP de 1983*), 1985, p. 234: «Son inadmisibles los intentos de buscar un significado especial de la antijuridicidad cuando va referido a la agresión». Añadiendo en nota a pie de página: «Rechazable tanto el concepto puramente causalista de la antijuridicidad como la anticuada concepción según la cual sólo con culpabilidad hay antijuridicidad». Ambas objeciones alcanzan a la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón. Incluso, en cuanto el Finalismo considera también en el tipo de delito imprudente una acción dolosa (dirigida a un peligro de lesión), se armoniza la tesis de Luzón Peña (pp. 231, 233), según la cual sólo el comportamiento doloso puede constituir una agresión ilegítima a los efectos de la legítima defensa, con la tesis, sustentada por muchos autores, de que también el comportamiento imprudente puede constituirlo. En cambio, cuando falta el comportamiento doloso, como bien dice Luzón Peña, estaremos ante un «estado de necesidad defensivo», para cuya autorización no se requiere un *injusto*, bastando la amenaza de lesión puramente causal del bien jurídico que el ordenamiento jurídico quiere preservar.

(23) Las teorías objetivas sobre la agresión en legítima defensa están exhaustivamente expuestas y criticadas en Diego-Manuel Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1979, pp. 199 y ss.

2

a) También se basa en una determinada argumentación de Política criminal la fundamentación del injusto sustentada por Santiago Mir Puig. Para Mir Puig, el injusto debe concebirse como *injusto personal* si se parte de la función *preventiva* de la pena que debe perseguir el Estado de Derecho (24). Si el Estado social de Derecho pretende que se eviten los delitos, debe actuar sobre el individuo, motivándole para que no los lleve a cabo. Y, puesto que el hombre sólo puede ser motivado para que se abstenga de realizar comportamientos finales tendentes a la lesión del bien jurídico, mediante la amenaza de sanciones penales, sería contrario al Estado de Derecho sancionar lesiones que no han tenido su origen en actos de esa naturaleza (25).

Mir Puig, al igual que hacían Cobo del Rosal y Vives Antón, no pretende ampliar el ámbito del Derecho Penal más allá de los supuestos en los cuales se ha producido la lesión (o el peligro de lesión) del bien jurídico; por eso pretende ser la suya una concepción *objetiva* del injusto, lo que los propios Cobo del Rosal y Vives Antón le reconocen (26). La preocupación de Mir Puig va encaminada, en realidad, como frecuentemente reitera este autor, a exigir en la base del injusto la prohibición de un comportamiento, dado que del mismo se deriva la puesta en peligro de los bienes jurídicos. El peligro de producción del resultado es la esencia del injusto (27).

A la idea de *peligro* como eje del injusto llega Mir Puig desde la función preventiva del Derecho Penal y, en consecuencia, desde la necesidad de que aquél esté constituido por un *comportamiento*. Puesto que el Derecho Penal quiere prevenir el delito que *todavía no ha tenido lugar*, debe colocarse en un momento anterior al de la efectiva lesión del bien jurídico, contemplando el comportamiento que va a emprender el sujeto, para prohibirlo (amenazando su realización con una pena) en atención a que lo considera como fuente de la posible lesión del bien jurídico, realizada *de facto* en el momento de la producción del resultado, pero prohibida ya antes, desde el momento en que se ha creado el peligro de producción del resultado que el Legislador no tolera porque asocia con él la efectiva lesión (28). Por eso, la esencia del injusto la constituye, según Mir Puig, la puesta en peligro del bien jurídico, ya que mientras que la producción efectiva del resultado es algo que tendrá lugar con posterioridad a la actuación del autor y, frecuentemente, dependerá de factores ajenos a su voluntad,

(24) Mir Puig, *PG*, p. 151.

(25) Mir Puig, *PG*, p. 125.

(26) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 234.

(27) Mir Puig, *PG*, pp. 142 y s.

(28) Mir Puig, *PG*, p. 143.

la puesta en peligro del bien jurídico coincide con la realización del comportamiento que el Legislador prohíbe precisamente en atención a los peligros de lesión que comporta.

b) Para elaborar un concepto de peligro que, además, sea objetivable, se sirve Mir Puig de la denominada *consideración ex ante*, con la que quiere proporcionar un criterio que atienda tanto a la necesidad de reducir el Derecho Penal a los injustos que realmente significan un auténtico ataque contra los bienes jurídicos como a la necesidad de que aquél sirva para prevenir el delito futuro, castigando comportamientos finales. Para ello propone que el injusto no lo proporcione la producción del resultado, ya que éste no es sino la comprobación *ex post* de que el peligro creado ha devenido efectiva lesión, sino el peligro que todavía no ha sido comprobado en la producción del resultado, pero *real*, en base al juicio de *experiencia objetiva* que proporciona el observador que, en lugar de la sociedad, se coloca en la posición del autor y establece una prognosis sobre el peligro de lesión inherente al comportamiento del autor. De esta manera se evita el *subjetivismo* (29).

c) Como ya se indicó, Cobo del Rosal y Vives Antón, que no aceptan más noción de injusto que la inherente a la efectiva lesión del bien jurídico y excluyen que lo constituya un comportamiento y no un estado, desde una posición, pues, puramente objetiva del injusto, reconocen, sin embargo, lo que de objetiva tiene la posición de Mir Puig. La objetividad que Cobo del Rosal y Vives Antón salvarían de la noción de injusto de Mir Puig se referiría a aquella *parte* del círculo de acciones que, representado *ex ante* un peligro de lesión del bien jurídico, han producido el resultado (aunque Mir Puig, como ya se ha dicho, parte de la premisa de que la producción efectiva del resultado no desempeña función alguna en la fundamentación del injusto; de la misma forma que la «otra» parte de acciones que según Mir Puig constituyen injusto, y según Cobo del Rosal y Vives Antón no, está constituida por las acciones peligrosas *ex ante* que, no desembocando ni pudiendo desembocar en efectiva lesión, conservan intacta la totalidad de su carácter injusto). Si la objetividad en la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón la proporciona la producción efectiva del resultado lesivo, las acciones peligrosas *ex ante* que, además, *ex post*, se han revelado también como peligrosas, participan de la misma objetividad. De donde cabe extraer una importante conclusión a la luz del *delito consumado*, que confirma lo que ya se dijo al exponer la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón desde la doctrina del *injusto personal*: a la luz del delito consumado, el concepto de injusto de Mir Puig no implica una ampliación del ámbito de lo puni-

(29) Mir Puig, *PG*, pp. 143 y s.

ble en comparación con el de Cobo del Rosal y Vives Antón, frente a lo que éstos entienden, sino todo lo contrario, un recorte. No todas las acciones que han producido el resultado constituyen el injusto (30), ni, mucho menos, todas las que pueden producirlo, sino sólo aquellas que, además, permitieron a su autor, en el momento de cometerlas, prever que el resultado sobrevendría.

Este dilema que la concepción de Mir Puig le crea a Cobo del Rosal y Vives Antón resulta patente cuando, reconociendo éstos que la concepción de Mir Puig es una concepción objetiva del injusto, rechazan, sin embargo, que quiera utilizar el juicio del observador objetivo *ex ante* para definir el peligro objetivo (31). ¿Por qué esa objeción? Desde la concepción de la «objetividad» que sustentan Cobo del Rosal y Vives Antón sólo constituyen injusto las acciones que ha producido el resultado (o pueden producirlo), aquellas que no lo han hecho ni pueden hacerlo se manifiestan *ex post*, como *acciones no peligrosas*, cualquiera que haya sido la razón por la cual una acción que, *ex ante*, aparezca como peligrosa no ha producido, sin embargo, el resultado lesivo. Siendo éste, precisamente, el sentido en el cual Cobo del Rosal y Vives Antón veían una ampliación del ámbito del Derecho Penal en la concepción de Mir Puig.

d) Por tanto, tal como se deduce de lo acabado de exponer, si la concepción de Mir Puig ha de constituir una concepción objetiva del injusto, lo que sin duda es, como la noción de injusto personal finalista, calificada por sus enemigos, y por el propio Mir Puig, de «subjetivista», habrá que partir de un concepto de *objetividad* en Derecho Penal distinto a la única objetividad que reconocen Cobo del Rosal y Vives Antón, reducida prácticamente a la peligrosidad *ex post* o efectiva lesión (32).

Se tratará, por lo demás, de una *objetividad* que habrá de basarse en una prognosis *ex ante*, como quiere Mir Puig, que, sin embargo, tenga en cuenta dos limitaciones: 1.º Su naturaleza puramente *normativa*, no basada en un juicio de experiencia, pues la experiencia, como ya se ha dicho por Mir Puig, nunca permite concluir la necesaria producción del resultado (33). 2.º No se puede prescindir de las *representaciones del autor* en este momento de la consideración *ex ante*, dado que el observador objetivo sólo puede comprobar la peli-

(30) Mir Puig, *PG*, p. 151: «Las conductas que ocasionan la muerte sin quererlo no pueden infringir la prohibición de matar.»

(31) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 237, nota 21.

(32) Cobo del Rosal y Vives Antón, *PG*, p. 234: «El peligro no es sino la probabilidad de que se produzca un *resultado* dañoso. Es, pues, el (probable) resultado lo que determina el injusto.»

(33) *Vid.* Struensee, «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), *ADP*, 1987, pp. 435 y ss.; Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 183 y s.

grosidad de lo que ese autor se propone realizar, y, al colocarse en su posición, posee sus mismos conocimientos (y sus mismos desconocimientos), lo que quiere decir que no dispone de los conocimientos que habría obtenido un modelo cuidadoso, atento, etc.

Como ha puesto de relieve, recientemente, Eberhard Struensee (34), en las concepciones, muy extendidas, que colocan en el centro del tipo de imprudencia, como infracción de la norma de cuidado, la *previsibilidad* de un peligro de lesión para el bien jurídico por un *observador objetivo* en la posición del autor, está latente una *finalidad encubierta*, constituida precisamente por las representaciones de ese autor. Será, por tanto, la representación del autor en el momento de actuar, lo que él sabía sobre el discurrir de los acontecimientos (*tipo subjetivo de imprudencia*), el fundamento del juicio de peligrosidad (35). De esta manera, si el autor ignoraba aquella circunstancia, concurrente, de la que podía derivarse el peligro para el bien jurídico, incluida su efectiva lesión, también ignorará la circunstancia el observador objetivo colocado por el intérprete del Derecho en su lugar, y ambos sufrirán el equivalente a un error sobre la tipicidad, excluyente del tipo, en el delito doloso (36). Así, por ejemplo, si el autor sabía que el semáforo en que se apoya está carcomido, y que puede hacerlo caer, ocasionando la muerte de quien se encuentra a su lado, puesto que lo sabe, el Derecho le obliga a omitir apoyarse, infringiendo la norma del homicidio imprudente si, no obstante, se apoya (37). Distinto sería, en cambio, si ignoraba el estado del semáforo, pues ni él, ni el observador objetivo, en su lugar, podrán reconocer el peligro de lesión del bien jurídico ni, por tanto, la norma de prudencia que le prohíbe apoyarse en un semáforo cuyo estado de deterioro se ignora. Otro ejemplo al que ya se ha aludido: si el autor no sabía que la persona a quien ocasiona un leve rasguño es un hemofílico, habrá ocasionado unas lesiones leves dolosas, pero no habrá infringido la norma del homicidio imprudente, si, como bien sostiene la concepción objetiva del injusto (mediante la llamada «imprevisibilidad objetiva»), el Derecho Penal no puede limitarse a prohibir conductas por los peligros generales de lesión de los bienes jurídicos (38). Con mejor criterio, debe tratarse de manera distinta al autor que sabe que la víctima es un enfermo hemofílico (homicidio imprudente) que al que no lo sabe (simples lesiones), pues mientras que en un caso *ha querido* poner en peligro la vida de una persona, en el otro no. Aunque el resultado haya sido el mismo (la muerte de la víctima), en uno el

(34) Struensee, *ADP*, 1987, p. 425.

(35) Struensee, *ADP*, 1987, p. 440.

(36) Struensee, *ADP*, 1987, p. 443.

(37) Struensee, *ADP*, 1987, p. 440.

(38) Struensee, *ADP*, 1987, p. 446.

observador objetivo y el autor han previsto el peligro real de producción de una muerte, en el otro ni el observador objetivo ni el autor lo han podido prever.

En suma, se puede partir de la lesión y del peligro de lesión del bien jurídico (toda lesión va precedida de un estado previo de peligro), tal como se hace en la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón, reduciendo la intervención del Derecho Penal a supuestos donde, *además*, como quiere Mir Puig, concurrió un juicio de peligrosidad *ex ante*; pero ello nos remite, a su vez, necesariamente, a las representaciones de quien produjo la lesión del bien jurídico y previó el peligro *ex ante* de su producción (delito consumado), pues sólo cuando el autor se ha representado la lesión del bien jurídico de la manera que el Derecho Penal quiere evitarla (juicio normativo de adecuación) estaremos ante lesiones penalmente relevantes. En otros casos, por ejemplo: muerte producida por el cartero que entrega una carta-bomba a su destinatario ignorando su contenido (39), estaremos ante conductas penalmente irrelevantes, ya que el autor ha ignorado toda posible peligrosidad de su conducta respecto al bien jurídico.

Armin Kaufmann, incluso, ha demostrado, también recientemente, cómo en el *delito doloso* lo decisivo para estimar o no penalmente realizado el injusto lo proporciona la representación del autor acerca de la situación en que actúa (40), con independencia de que en la teoría del bien jurídico, o en momentos posteriores al injusto y a la culpabilidad por el hecho, se proceda a recortar el ámbito de lo injusto (41): así, en el célebre caso del sobrino que induce a su acaudalado tío para que emprenda un viaje en avión, con la esperanza de que se produzca un accidente en el que muera, para poder heredarle, la relevancia penal de tal comportamiento dependerá del *conocimiento* del autor (42). Si sus conocimientos se limitan a los normales sobre la frecuencia de siniestros aéreos, estaremos ante un supuesto de ausencia del «pertinente juicio objetivo de adecuación *psicológica*»; ahora bien, y por ello habla Kaufmann del «papel decisivo del dolo», si ese mismo autor sabía que en el avión se había colocado una bomba que hará explosión en pleno vuelo, nadie podrá negar que, con la conducta del sobrino, se está realizando el tipo de homicidio (o de asesinato) doloso (43).

e) El propio Mir Puig no es ajeno a las consideraciones anteriores. Es más, precisamente por intentar, erróneamente, construir su concepto de peligrosidad *ex ante* sobre el tipo objetivo, y no sobre el tipo

(39) Struensee, *ADP*, 1987, p. 440.

(40) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, pp. 816 y ss.

(41) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, pp. 810 y ss., 819, 824 y ss.

(42) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, p. 821.

(43) Armin Kaufmann, *ADP*, 1985, p. 822.

subjetivo, tiene dificultades y ha de conformarse con vaguedades, a la hora de reconocer que la peligrosidad *ex ante* debe completarse (?), en el Estado de Derecho, orientado a la prevención, con la voluntariedad del autor. De aquí se va a derivar algo que confirma la tesis finalista básica anteriormente aludida: que es el *elemento subjetivo* el que, en definitiva, *determina* la mayor (delito doloso) o menor (delito imprudente) gravedad del injusto, pues para justificar la mayor punición del dolo frente a la imprudencia, se basa Mir Puig en dos argumentos (44): 1.º Que, por lo general, es más peligrosa la conducta dolosa de querer matar, que la conducta imprudente de, por ejemplo, conducir descuidadamente, en el sentido de probabilidad de que se produzca el resultado y en el sentido de que tales acciones dolosas serían más frecuentes. 2.º Que es más fácil motivar al autor del delito doloso, que advierte claramente la peligrosidad de su acción, que al autor del delito imprudente, que, o no lo advierte, o, si lo hace, confía en que tal peligro no se efectúe. Ahora bien, la conducta dolosa es más peligrosa que la conducta imprudente, como bien reconoce Mir Puig, porque el autor de la primera, conoce, se representa, más peligros para el bien jurídico que el autor de la segunda en situaciones previas a la lesión del bien jurídico idénticas («advierte más claramente la peligrosidad»). Lo que quiere decir, *a sensu contrario*, que el autor del comportamiento doloso se ha representado la circunstancia que el Legislador considera que realiza un peligro elevado para el bien jurídico, por eso lo pune con especial severidad, allí donde el autor del comportamiento imprudente ha ignorado (error) esa circunstancia pese a realizarla (objetivamente), habiéndose representado menos riesgos de lesión del bien jurídico de los que efectivamente estaba creando.

Así pues, si la «peligrosidad» de que habla Mir Puig no puede ser la peligrosidad *ex post*, sólo revelada por la efectiva producción del resultado, y la peligrosidad *ex ante* se basa en la representación subjetiva del autor, que condiciona la valoración del observador objetivo, entonces todo el peso de la distinción entre la mayor gravedad del delito doloso respecto al delito imprudente, como, asimismo, la esencia del injusto en uno y otro caso, se basará en la *representación del autor*: es la representación de las circunstancias del tipo que el Legislador asocia con la lesión del bien jurídico, realizadas por el autor mediante actos finales encaminados a su producción, la que fundamenta el injusto del delito doloso (45); es la representación de la situación creada por el autor, mediante una acción dirigida a esa fina-

(44) Mir Puig, *PG*, pp. 152 y s.

(45) *Vid.* Struensee, «Dolo de causar y causalidad putativa» (trad. de José Luis Serrano González de Murillo), *ADP*, 1990, p. 937: «El dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo.»

lidad, situación cuya producción el Derecho prohíbe en atención a los peligros que entraña para los bienes jurídicos (síndrome de riesgos), lo que fundamenta el injusto del delito imprudente.

f) *Puede concluirse*, por tanto, que de la misma manera que la concepción del injusto que requiere restringir el injusto a aquellos supuestos donde se ha comprobado un peligro *ex post*, traducido en la producción del resultado, en la lesión del bien jurídico (Cobo del Rosal/Vives Antón), puede restringirse aún más con otros criterios complementarios de índole subjetivo, de la misma manera, la concepción del injusto que exige partir de las representaciones subjetivas del autor para la constatación del peligro *ex ante* no excluye la posibilidad de punir sólo aquellos injustos, así concebido el injusto, que han producido la lesión del bien jurídico, el resultado. Esta concepción (*doctrina finalista puramente «subjetiva»*), se puede entender como *precisión* de la perspectiva *ex ante* (Mir Puig), y obliga a concebir el peligro desde la representación del autor, descartando que sea posible definir por separado, como en definitiva hace Mir Puig, la peligrosidad objetiva (tipo objetivo) y la dolosidad (46); tal como se descarta

(46) Este es el fallo del planteamiento básico de Mir Puig. *Vid su* «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADP*, 1988, p. 663: «Aunque sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su contenido psíquico negativo, sino su peligrosidad externa.» «Esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado *ex ante*.» Por utilizar un ejemplo del propio Mir Puig: el terrorista que ha preparado un complicado artefacto explosivo, lo ha transportado al lugar donde se propone activarlo, lo ha colocado para que haga explosión en un momento de concurrencia de muchas personas y, al tiempo de conectarlo, su mano no ha obedecido la orden del cerebro, no ha creado ningún peligro de muerte y, sin embargo, como bien dice Mir Puig, ha cometido un delito de asesinato en grado de frustración. Este caso no se distingue en nada del ya canónico de quien aprieta el arma de fuego hacia una persona y aquella no se dispara porque se encasquilla; la única diferencia, irrelevante por lo demás, reside en que en un caso no obedece un artefacto y en otra una parte del cuerpo humano. Que la acción, tal como la concibe Mir Puig, es irrelevante para estimar realizado el tipo de injusto lo muestran los actos del epiléptico. El tipo, en la concepción finalista del delito, requiere una acción que abarque más que una mera manifestación de voluntad externa guiada por un fin, requiere, como dice Struensee (*CPCr*, 1989, p. 411), que se haya comenzado a realizar externamente todo un proceso típico-penalmente relevante, pero sólo eso. Si en el forzado ejemplo que construye Mir Puig no ha habido actos de la naturaleza acabada de aludir anteriores a la desobediencia del músculo a la orden del cerebro, lo ocurrido es penalmente irrelevante, no porque faltó un acto externo voluntario, sino porque faltó un acto externo *final* dirigido a realizar íntegramente un tipo de injusto; no porque faltó la peligrosidad externa, sino porque faltó la realización de actos externos que en la psique del autor son aptos para producir el resultado, aplicando un saber adecuado sobre la causalidad, tal como haría el observador objetivo *ex ante* en su posición. No cabe distinguir, *ex ante*, entre peligrosidad y dolosidad. Como bien dice Mir Puig en un punto de su exposición (*ADP*, 1988, p. 667), «cuando la conducta es voluntaria y consciente, su parte externa forma una unidad con su parte interna».

que se pueda definir una peligrosidad objetiva *ex ante* (un peligro que no ha desembocado en lesión no constituía peligro alguno) (47). Sin embargo, a la luz del delito consumado, valga la pena repetirlo una vez más, la noción del injusto personal finalista («subjetivo») entraña una restricción del injusto tal como lo entienden las distintas concepciones objetivas o de la lesión. Cualquier otra cosa que se diga de la noción del injusto personal que se está exponiendo no constituye sino una consecuencia erróneamente extraída de la «falsa antinomia» que supone afirmar que la doctrina finalista no concede importancia alguna al resultado en la teoría del delito.

g) Cuestión distinta a la que se ha venido considerando hasta ahora, y de Política criminal también, por lo demás, es la de si el Derecho Penal debe limitarse a sancionar los supuestos de efectiva producción del resultado. En contra de ello parece hablar la punición de la tentativa, un caso donde, como ya se mencionó de pasada al exponer la concepción del injusto de Cobo del Rosal y Vives Antón, sin duda, *ex post*, no ha existido peligro alguno de lesión. Precisamente cuando Hans Welzel sostuvo que la misión del Derecho penal era la de fomentar los valores ético-sociales de acción —traducidos por Armin Kaufmann en función preventivo-general del Derecho Penal (48)— estaba pensando en esta cuestión.

De la *tentativa* habrá que ocuparse en lo que sigue. La teoría de la tentativa confirma la doctrina del injusto personal finalista; pero eso no quiere decir que la concepción del injusto de esta doctrina esté formado a la medida del tipo de tentativa. En un Derecho Penal que no puniera la tentativa seguiría teniendo vigor la doctrina del injusto personal que, ya se ha visto, no pretende ampliar la noción del injusto de la concepción objetiva, sino restringirla a las lesiones de bienes jurídicos que han tenido su origen en un comportamiento humano dirigido a su producción. Lo que a continuación se diga, pues, no es una consecuencia de la doctrina del injusto personal, sino una consecuencia de la decisión del Legislador de castigar el delito intentado, que muestra, además, que la concepción objetiva del injusto fracasa totalmente a la hora de explicar el fenómeno de la tentativa, y que la consideración *ex ante* de Mir Puig no puede entenderse al margen de las representaciones del autor, como una suerte de realización de parte del tipo objetivo sobre la que, después, se verifique si concurre o no el dolo; que la única peligrosidad *objetiva ex ante*, en fin, es la que se deriva del poner en marcha un *curso causal adecuado*, aunque nunca haya experimentado el bien jurídico el más mínimo peligro real de lesión. Es el reconocimiento implícito de esta conclusión el que expli-

(47) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366, nota 139.

(48) Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1982, p. 161, 289.

ca que se comiencen a oír voces proclives, desde posiciones objetivistas, a despenalizar la llamada «tentativa imposible» (49), sin tener en cuenta, por lo demás, que, de ser consecuente con esta exigencia (la de no punir allí donde el resultado nunca ha podido producirse en la realidad), habría que despenalizar toda tentativa, algo que resulta bastante poco convincente y previsible.

3

a) Que la distinción *injusto personal-injusto objetivo* no depende del lugar asignado al dolo y a la infracción del deber de cuidado en la construcción del delito, lo demuestra la concepción de José Cerezo Mir, un autor que, pese a colocar el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto, compartiendo el postulado finalista fundamental, del que ha sido el seguidor más representativo en España durante los últimos veinte años, sin embargo, estima que el injusto, para darse en su total plenitud, necesita un elemento *objetivo*, el desvalor-resultado o lesión del bien jurídico.

Según Cerezo Mir, la totalidad del injusto sólo se obtiene si al dolo y a la infracción del deber de cuidado se añade el *desvalor-resultado*, constituido por la concreta producción del mismo. La *voluntad* de producción del resultado no basta para realizar el injusto (50). Cerezo Mir fundamenta normativamente su posición volviendo del tercer escalón de la construcción de Armin Kaufmann, con el que se construye el desvalor acción del injusto, a lo establecido en el primero: si la norma penal quiere proteger bienes jurídicos, ha de prohibir comportamientos dirigidos a su lesión cuando se ha constatado tal lesión (51). Con ello, el planteamiento de Cerezo Mir demuestra, una vez más, lo que se ha venido diciendo desde el principio, que la concepción final del delito no es incompatible con otras construcciones basadas en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pues su principal objetivo es el de restringir tales ataques a comportamientos humanos finales (dominables por el hombre).

En coherencia con su posición doctrinal, sin embargo, Cerezo Mir reconoce algo importante, relacionado con una modalidad de injusto reconocida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico: la punición de la *tentativa imposible* no se basa en desvalor-resultado alguno. En ella únicamente se pune el desvalor-acción manifestado en la dirección de la causalidad a una determinada finalidad, en una conducta,

(49) Vid. Angel Torío López, *ADP*, 1989, p. 511.

(50) Cerezo Mir, *Curso*, pp. 346 y s.

(51) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366.

en fin, que no puede transformarse nunca en efectiva lesión del bien jurídico tal como el autor la previó (52).

Del hecho de que el C. P. español castigue la tentativa con una pena *obligatoriamente* atenuada, por otra parte, deduce Cerezo Mir que el mismo Legislador penal reconoce que en ella falta la plena realización del injusto, ya que al desvalor-acción no se ha añadido aquí el desvalor-resultado (53).

b) Frente a esta argumentación desde la consecuencia jurídica cabría objetar que si, a pesar de la pena atenuada, sigue habiendo injusto en la tentativa imposible o inidónea, es decir, pese a la ausencia del desvalor-resultado, el desvalor-resultado no es el elemento *esencial* imprescindible del injusto. Pero esta cuestión no interesa ahora.

Lo que sí interesa resaltar ahora es que el injusto de la tentativa imposible no se puede comprender con las concepciones dogmáticas que requieren como elemento esencial e imprescindible de todo injusto la lesión o puesta en peligro, *efectivas*, del bien jurídico protegido, ya que en ella no se da ninguna de las dos y, pese a ello, sigue habiendo injusto.

La punición de la tentativa imposible, ya se ha dicho, se puede fundamentar en la concepción político-criminal de Hans Welzel, del fomento de los valores ético-sociales de acción, o en la prevención general, siempre que, compartiendo el postulado de las concepciones que exigen para la totalidad del injusto la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, se reconozca que, *además*, en algunos casos (así argumenta Cerezo Mir), habrá injusto pese a la ausencia de lesión y de peligro de lesión.

Cerezo Mir argumenta muy certeramente contra cualquier intento de ver en la *tentativa imposible* un peligro para el bien jurídico (54): el ejemplo canónico de disparar un arma de fuego al bulto de la cama en la creencia de que alguien duerme, cuando en realidad está vacía, es un ejemplo de tentativa imposible o inidónea porque la idoneidad o inidoneidad de la tentativa sólo puede comprobarse *ex post*; en este sentido, toda tentativa, en cuanto que ésta se define por la no producción del resultado, es inidónea. De ahí que quepa dudar de la idoneidad de un concepto como el de «idoneidad» para referirse a la tentativa (redundancia). En cualquier caso, lo que resulta claro es que, con este argumento, fracasa todo ensayo de ver el fundamento de la tentativa en la peligrosidad *real* para el bien jurídico, lo que excluye, como ya se vio, el intento de fundamentar así el injusto de la tentativa en la concepción objetiva de Cobo del Rosal y Vives Antón, como ellos

(52) Cerezo Mir, *Curso*, pp. 363, 366.

(53) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366.

(54) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366, nota 139.

mismos reconocían implícitamente en otros pasajes de su obra; y excluye, también, todo intento de convertir la consideración de la peligrosidad *ex ante* de Mir Puig en peligrosidad entendida en los términos de la concepción objetiva, como justamente le imputan Cobo del Rosal y Vives Antón (55).

c) En cambio, la argumentación del propio Cerezo Mir, que, tergiversando la consideración *ex ante* de Mir Puig, considera que ese mismo ejemplo del disparo al bulto de la cama, contemplado *ex ante*, representa una tentativa idónea, peligrosa (56), es falsa. Como asimismo es errónea su argumentación según la cual la tentativa de aborto de la mujer que con posterioridad se ha demostrado que no estaba embarazada es una tentativa inidónea *ex post*, mientras que si *ex ante*, en el momento de su práctica, no se sabía, no se podía saber, si la mujer estaba embarazada sería una tentativa idónea (57). De confirmarse que la consideración *ex ante* de Mir Puig no obliga a ver el fundamento de la punición de la tentativa imposible en un peligro *real* para el bien jurídico, sino en la adecuación de las representaciones del autor a las leyes de la causalidad, de donde tomaría su «objetividad» la concepción por él sustentada, y confirmarse, al mismo tiempo, que a pesar de la declaración de principio, de que en la tentativa imposible sólo concurre el desvalor-acción, de Cerezo Mir, éste exige también en la tentativa imposible un desvalor-peligro (como quiera que se conciba el peligro, pero siempre como algo real perteneciente al tipo objetivo), lo que, como seguidamente se verá, no es posible, resultaría que, en realidad, las cuatro concepciones que se clasificaban al principio a efectos dialécticos se reducirían a dos, de las que, con todas sus diferencias en los demás aspectos, tanto el planteamiento de Cobo del Rosal y Vives Antón, como el de Cerezo Mir, exigirían en todo injusto la presencia de un desvalor-resultado, mientras que la de Mir Puig y la Finalista pura aquí defendida fundamentarían el injusto exclusivamente sobre el desvalor-acción, una prueba más de que elementos que un día dividieron a la doctrina hoy han sido sustituidos por otros.

Es cierto, como ya se ha puesto de relieve, que Cerezo Mir salva su argumentación general sobre la tentativa, afirmando que «también» la tentativa imposible, en la que no ha habido lesión ni peligro de lesión (*ex post*, por definición), resulta punible en nuestro Derecho (afirmar lo contrario pone en entredicho al Legislador). Sin embargo, puesto que el resto de su argumentación sobre la tentativa imposible puede parecer una revalidación de las concepciones que exigen, «también» en la tentativa imposible, un *resultado-peligro* para el bien jurídico (equiparable estructuralmente, no se olvide, al resultado lesión),

(55) *Vid. supra*.

(56) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366, nota 139.

(57) Cerezo Mir, *Curso*, p. 363, nota 127.

se hace necesario insistir en el hecho de que en la tentativa inidónea no existe peligro alguno que quepa interpretar en esos términos: el peligro es un estado real previo al de lesión, esto es, que existe o no existe, y, además, lo que resulta más importante, como se sabe desde la monografía de Eckhard Horn sobre esta problemática, carece de fundamento fijar un momento para determinar la constatación del peligro (58). No se explica por qué ese momento ha de ser el de la realización de la acción, o el de la producción del resultado, y no, por ejemplo, el momento del juicio e, incluso, uno posterior (59).

Aplicada esta noción de peligro, bastante aceptada en la doctrina, a los ejemplos de Cerezo Mir, se comprueba que en ninguno de ellos puede hablarse de peligro, ni *ex post* ni *ex ante*, y que en los casos en que puede hablarse de tentativa «inidónea» nos encontramos ante una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad: si la mujer, en el ejemplo del aborto, tal como se ha comprobado posteriormente, en el momento de la maniobra abortiva no estaba embarazada o portaba un feto muerto, nunca puso en peligro la vida de un embrión; pero si se representó, por ejemplo, por sus síntomas, que estaba embarazada, pese a no estarlo o pese a que el feto estaba muerto, habrá realizado una tentativa de aborto, de la misma forma que si no sabía su estado de ingravidez no ha cometido un delito de aborto, a pesar de haber abortado, si realiza actos que producen la muerte del feto y que de haberlo sabido permitirían que se le imputase el aborto realizado. Son, pues, decisivos los conocimientos subjetivos del autor. Cuando Cerezo Mir habla de la «acción peligrosa» que constituye «tentativa idónea» «si la inexistencia del embarazo (o la muerte del feto) no es objetivamente cognoscible *ex ante*» (60), sólo está pensando en las representaciones subjetivas del autor, en este caso, en una representación errónea sobre la realidad, debido a lo cual aplica un *saber nomológico adecuado* a una realidad inadecuada por desconocimiento de alguno de los innumerables y nunca plenamente dominables factores que influyen sobre un proceso causal real, que imposibilita la eficacia de su acción. No puede decirse, en contra de lo que afirma Cerezo Mir, que la noción de «peligrosidad» de Mir Puig difiera de la suya, constituyendo ambas, más bien, la formulación en términos objetivos, juicio de adecuación, de los conocimientos que el autor ha de aplicar en la realidad para que se pueda hablar de *dolo* de resultado o finalidad, y que constituye el injusto o desvalor-acción en la concepción personal del injusto; en ese saber nomológico reside la objetividad finalista, que permite resolver, mejor que en

(58) Eckhard Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1974, pp. 144 y ss.

(59) Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, p. 149.

(60) Cerezo Mir, *Curso*, p. 363, nota 127.

otras concepciones, objetivas y subjetivas, de la tentativa, cuándo hay injusto (intentado) y cuándo actos jurídicamente irrelevantes porque faltó el *dolo*, que abarca «también» un nexo causal y un objeto adecuados de finalidad.

d) La doctrina mayoritaria distingue dos modalidades de tentativa inidónea, de las que una, la «absolutamente inidónea», resulta difícil excluir de la punición, debido a la peculiar regulación de la materia en el Derecho alemán (*doctrina subjetivista de la tentativa*), equiparándola a la «tentativa irreal». Esta doctrina nada tiene que ver con el injusto personal finalista, como lo muestra el hecho de que la sustentan autores no partidarios, por lo demás, de la doctrina del injusto personal. En cambio, desde las filas finalistas, con mejor criterio, ha provenido el mayor ataque a la doctrina subjetiva de la tentativa. Esta aportación, que se debe a Eberhard Struensee (61), resuelve y clarifica mejor, terminológicamente, la peligrosidad *ex ante* y la objetividad de la tentativa «inidónea» (punible) de Mir Puig y Cerezo Mir.

¿Por qué son punibles los ejemplos que se han venido barajando del aborto no existente y el disparo al bulto de la cama?, ¿dónde reside la «peligrosidad» de estas acciones que justifique su punición?, ¿qué distingue a estos casos de otros que tampoco pueden producir el resultado nunca? Evidentemente, no en el peligro para el bien jurídico, inexistente en ambos casos. La diferencia reside en que, en los dos ejemplos, el autor se ha representado (*dolo*) un proceso casual adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo (saber nomológico), a diferencia de lo que ocurre en la tentativa irreal y, en general, en los casos de causalidad putativa (62).

Imagínese que, en el ejemplo del aborto, la Medicina, en el momento de realizarse, ignoraba la viabilidad de determinados fetos, y que, con posterioridad, en el momento del juicio, se han hecho experimentos que permiten constatar la viabilidad de un feto como el del embarazo interrumpido. En este caso, no se podrá negar que lo que se produjo en su día fue un aborto. Ciertamente se deberá absolver, porque en el momento del hecho se ignoraba una ley causal, esencial en el juicio de adecuación. Pero ello no afecta para nada a la constatación *real* de que se produjo la lesión del bien jurídico, el resultado. Lo que en realidad faltó en su día fue el *dolo*, que también debe abarcar el nexo causal y un objeto de la finalidad adecuados.

La cuestión anterior, referida al *saber nomológico* requerido es distinta a la que se plantea cuando se aplica un saber nomológico ya acuñado a una realidad inadecuada (*saber fáctico*: en toda tentativa

(61) Se trata del ya citado *Dolo de causar y causalidad putativa*, ADP, 1990, pp. 933 y ss.

(62) *Vid. infra*.

hay un error de hecho), como cuando, por ejemplo, la autora cree estar embarazada (porque ha tenido relaciones sexuales en un periodo de fertilidad, se le ha interrumpido la regla, etc.), y, en realidad, no lo está (a estos efectos poco importa, salvo para la punibilidad como delito consumado o intentado: *in dubio pro reo*, que en el proceso llegue a demostrarse o no que la mujer estuviese *realmente* embarazada en el momento de la maniobra, una prueba más de que lo importante no es un estado de hecho, sino las representaciones del autor); o, cuando, por ejemplo, el autor cree disparar contra alguien que yace en la cama, siendo así que ésta, en realidad, se encuentra vacía. A esta problemática es a la que trata de responder la figura de la *tentativa imposible* (pero *adecuada a la causalidad*), afirmando que se da el elemento esencial del injusto, el desvalor-acción, es decir, el *dolo del hecho dirigido a la realización de todos los elementos del tipo*. Por eso se puede concluir que el tipo de injusto se realiza con la subsunción de las circunstancias objetivas de la realidad por medio de la psique del autor (63). Si el autor se ha representado circunstancias que subsume adecuadamente en el tipo objetivo como susceptibles de producir el resultado típico, se dará el injusto, sancionándose como tentativa imposible ese comportamiento, aunque nunca pudiese convertirse ni en lesión ni en peligro de lesión del bien jurídico, si no pudo producir el resultado-lesión ni el resultado-peligro en la realidad. El injusto de la tentativa, a diferencia de lo que ocurre en el delito consumado, radica únicamente en el llamado desvalor-acción. Y en la medida en que, por imperativo legal, o por necesidades de Política criminal, se estime punible alguno de los casos en que el curso causal o el objeto de ataque sea «relativamente» inidóneo, estaremos ante una ampliación de lo punible que impide hablar de un fundamento *monista* de punición (64).

Eberhard Struensee, partiendo de la causalidad como elemento del tipo, que obliga a comprobar si el dolo del autor se representó circunstancias idóneas para, conforme a una ley de la naturaleza válida, causar el resultado (65), distingue los casos que denomina de *causalidad putativa* de los casos de *causalidad idónea*, de los que los primeros —en contra de lo sustentado por la doctrina subjetiva de la tentativa— nunca pueden fundamentar una responsabilidad por delito intentado, a pesar de que el autor se haya representado una ley causal que en su creencia puede causar el resultado (66). A estos efectos, poco importa que la inidoneidad sea absoluta (p. ej., matar mediante conjuros) o sólo relativamente (p. ej., matar mediante una dosis insuficiente

(63) Struensee, *ADP*, 1990, pp. 935 y ss.

(64) Struensee, *ADP*, 1990, pp. 947, 959 y s.

(65) Struensee, *ADP*, 1990, p. 942.

(66) Struensee, *ADP*, 1990, p. 943.

de veneno) (67). De estos casos de causalidad putativa deben distinguirse aquéllos otros en los que, experimentando el autor un error sobre las circunstancias fácticas (el autor cree, p. ej., que lo que tiene en sus manos es un veneno muy peligroso y quiere suministrarlo en dosis capaz de matar de sobra a una persona, cuando en realidad se trata de una sustancia inocua que estaba al lado del veneno letal con el que lo ha confundido; el autor cree que el bulto de la cama es una persona sobre la que realiza un disparo con el arma de fuego, cuando en realidad la cama fue abandonada unos instantes antes por su ocupante), aplica correctamente una ley de la naturaleza válida (matar con un veneno letal, matar con un disparo de pistola a un hombre), o de causalidad idónea, que sí dará lugar a responsabilidad penal por tentativa.

De aquí extrae Struensee la conclusión de que muchos casos que la doctrina dominante excluye del ámbito de lo punible, traicionando en cierta medida sus premisas —básicamente: que la tentativa depende únicamente de las representaciones subjetivas del autor—, como los casos de tentativa irreal, se excluyen por constituir auténticos supuestos de *causalidad putativa*, en tanto que a otros supuestos, como los denominados de *inidoneidad relativa* —como, p. ej., el de la dosis insuficiente de veneno letal—, que por imperativo del StGB alemán se mantienen en el seno de lo punible, hay que buscarles un fundamento específico de punición distinto al de la tentativa (68).

e) Volviendo al Derecho español, cabe plantear, al hilo de la regulación legal de la materia, por el significado de la norma contenida en el artículo 52 II C. P. ¿Qué función cumple este precepto respecto al artículo 3.º?, ¿se trata de una norma que modifica la pena genéricamente establecida en el artículo 3.º para la tentativa respecto a algunos casos especiales?, ¿consagra la punición de los casos de «causalidad putativa», al menos los de «inidoneidad relativa», ampliando con un criterio subjetivo los casos de tentativa del artículo 3.º, donde la tentativa se defina con criterios objetivos?

Cuando el artículo 3.º, I y II, habla de practicar todos (*frustración*) o parte (*tentativa*) de los actos punibles susceptibles de producir el resultado, no está partiendo ni de la concepción *subjetiva* ni de la concepción *objetiva*: no de la primera, que obligaría a incluir allí la tentativa supersticiosa o irreal; lo que es incompatible con el principio de legalidad (69). No de la segunda, porque *ex ante* no se puede constatar peligro alguno y *ex post* la no producción del resultado evidencia que no se creó peligro alguno de lesión. Si *ex ante*, en el momento de actuar, el desvalor-resultado sólo aparece como meta del autor, la ten-

(67) Struensee, *ADP*, 1990, p. 949.

(68) Struensee, *ADP*, 1990, p. 959.

(69) Struensee, *ADP*, 1990, p. 934.

tativa y la frustración sólo contemplan actos típicos (incompletos) dirigidos a la producción del resultado (realización completa del tipo), con exclusión de los actos preparatorios y las meras resoluciones, unidos por el dolo de concreción del autor basado en el conocimiento de la causalidad (*causalidad idónea*).

Cuando los actos idóneos ya pueden producir el resultado según el plan del autor (el autor, p. ej., ya ha preparado el manjar envenenado del que la víctima se servirá por sí misma), estaremos —si el resultado no se produce por razones ajenas al plan del autor (en contra de lo previsto, a la víctima se le quitó el apetito)— ante un *delito frustrado* o, en otra terminología, ante una *tentativa acabada* (70). Cuando los actos idóneos requieren actos posteriores del autor para producir el resultado (el autor, p. ej., ha preparado ya el manjar envenenado, pero tiene todavía que servirse a la víctima), estaremos ante un *delito intentado* o *tentativa inacabada*. La regla del artículo 3.º, por tanto, exige actos *idóneos* causalmente dirigidos por el autor a la consumación, distinguiendo cronológicamente sus fases en atención al *plan* del autor.

Ahora bien, concebidos de esta forma los grados imperfectos de ejecución del delito, ¿es necesaria la regla específica del artículo 52 II? O, dicho de otra forma: si toda tentativa y toda frustración constituyen delitos imposibles *ex post*, ¿a qué casos se refiere el artículo 52 II?

El artículo 52 II no pretende, o al menos no pretende fundamentalmente, añadir a los supuestos de tentativa recogidos en el artículo 3.º nuevos casos de responsabilidad *distintos* a los incluidos allí (71). Al contrario, lo que viene a decir, indirectamente, es que «también» los supuestos de delitos no consumados por inidoneidad del *medio* («imposibilidad de *ejecución* del delito») o del *objeto* («imposibilidad de *producción* del delito»), deben incluirse en el concepto de tentativa del artículo 3.º y que, por tanto, deben punirse. Estos casos del artículo 52 II, que podrán constituir una tentativa acabada (frustración) o inacabada (tentativa), lo único que experimentan es un tratamiento punitivo específico —la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado— que, en realidad, sólo modifica la pena de la tentativa acabada o frustración, pues la tentativa inacabada —idónea o inidónea— se sanciona con la misma penalidad atenuada.

(70) El Legislador español ha hecho bien, tradicionalmente, al distinguir entre tentativa y frustración, entre tentativa inacabada y tentativa acabada, imponiendo respectivamente, siempre, una penalidad agravada para la frustración respecto a la tentativa (inacabada). La tendencia es a prescindir de la distinción, sustituyéndola por una cláusula flexible que, obviamente, atiende al distinto grado de desarrollo del plan del criminal.

(71) Así ya Mir Puig, *PG*, p. 376.

Evidentemente, muestra ello lo que decía Cerezo Mir en general de la tentativa (72): que el Legislador español concede importancia —a la hora de determinar la pena— al desvalor-resultado; lo que le lleva a castigar atenuadamente el delito frustrado (art. 3.º II) —que, en puridad dogmática, en la doctrina del injusto personal, no se distingue en nada del delito consumado—, y a conceder más importancia a la imposibilidad de producción del resultado ya en el momento de actuar el autor (*delito imposible*) (73), que a la realización de una tentativa acabada o inacabada —siendo así que en la doctrina del injusto personal la segunda es siempre menos grave (por manifestar menor desvalor-acción) (74) que la primera—, equiparando a ambas en penalidad atenuada cuando el delito nunca pudo llegar a consumarse.

Dejando a salvo esta cuestión de la punibilidad, la regla del artículo 52 II no altera para nada lo que ya se ha dicho sobre la causalidad putativa. Tampoco a través de dicha norma tiene cabida en nuestro Derecho la punibilidad de tales casos. Cuando el artículo 52 II habla de imposibilidad de ejecución o producción del delito no se está refiriendo a cursos causales u objetos inidóneos, sino, como dice Struensee (75), a cursos causales y objetos *subsumibles* en el tipo objetivo: en un Derecho Penal como el español, tan sensible a lo «objetivo», sería grotesco tratar de incluir en el tipo delictivo de caza furtiva el intento de cazar al unicornio, o en el tipo de homicidio la muerte mediante conjuros (76).

f) No puede decirse, por tanto, que la doctrina del injusto personal finalista sustente y auspicie una concepción subjetiva de la tentativa. Antes bien, su noción de injusto la explica perfectamente en lo que tiene, además, de concepción objetiva del injusto basada en el saber acuñado objetivamente sobre la causalidad, sin que, por otra parte, haya necesidad de modificar el concepto de injusto válido para el delito consumado, en contra de lo que ocurre con otras teorías, pretendidamente más objetivas que la finalista, que amplían desmesuradamente la noción de injusto en el delito consumado y tienen que modificarlo en el delito intentado con criterios distintos a como antes lo definieron, o, simplemente, ponerse en contra de las prescripciones legales. La concepción del injusto personal finalista, además, precisa aquellas doctrinas que hablan en la tentativa de peligrosidad *ex ante*, poniendo de relieve que tal peligrosidad se reduce, en definitiva, a las representaciones subjetivas del autor, o, lo que es lo mismo, al conocimiento que de la realidad sobre la que actúan (de futuro) tienen el

(72) Cerezo Mir, *Curso*, p. 366.

(73) Imposibilidad comprobada *ex post*.

(74) Así ya Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, p. 161.

(75) Struensee, *ADP*, 1990, p. 953.

(76) Struensee, *ADP*, 1990, pp. 942, 957.

autor y el observador objetivo en su lugar. La doctrina personal del injusto finalista, en fin, permite combatir la noción subjetiva de tentativa, al exigir coherentemente que el dolo abarque procesos causales y objetos de ataque idóneos; lo que excluye de lo punible a la tentativa irreal y a la inidónea (absoluta y relativa) (77), es decir, a los casos de causalidad putativa, y explica muy satisfactoriamente la regulación de la tentativa en el Derecho Penal español.

La regla del artículo 52 II no fundamenta un nuevo título de imputación que incluya cursos causales y objetos de ataque que sólo existan en la mente del autor, pero sí corrobora que el artículo 3.º no concibe la tentativa como quieren los objetivistas. Con o sin la regla del artículo 52 II, en la tentativa nunca habrá lesión ni peligro de lesión del bien jurídico. Lo que sí habrá siempre en un Derecho Penal de la culpabilidad orientado a la prevención del delito será una definición del injusto basada en el comportamiento humano final, dirigido a la lesión o puesta en peligro de esos bienes jurídicos, aunque no la hayan producido, siempre y cuando se dirigió por el autor a esa finalidad de una manera adecuada para su producción. Así ocurre hoy, con una regla como la del artículo 52 II, y así lo será mañana, sin esa regla y con un principio como el recogido en el artículo 3.º.1 del Borrador de Anteproyecto de C. P., de 1990 («la pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos»). No basta la lesión o puesta en peligro efectivas del bien jurídico; no basta la mera voluntad de lesión del bien jurídico. Hace falta en un Derecho Penal de la culpabilidad la realización de actos dirigidos *subjetivamente* por el autor a la lesión adecuada (*objetivamente*) del bien jurídico; con esto basta. Por terminar como se comenzó: no se trata de contraponer lo objetivo a lo subjetivo, sino de entender de una vez por todas que ambos forman una unidad *inescindible*.

(77) Esta es la conclusión fundamental de la investigación de Struensee que hemos venido considerando.