

Eduardo Demetrio Crespo

La tentativa

en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*

**Una contribución al estudio del fundamento
de punición y comienzo de la tentativa**

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

dirigidos por

Carlos María Balleo Casabona

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

LA TENTATIVA EN LA AUTORÍA
MEDIATA Y EN LA *ACTIO*
LIBERA IN CAUSA

UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL FUNDAMENTO
DE PUNICIÓN Y COMIENZO DE LA TENTATIVA

GRANADA, 2003

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

•
ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

dirigidos por

Carlos María Romeo Casabona

48

© Eduardo Demetrio Crespo

Editorial COMARES
Polígono Juncaril, Condominio Recife
parcela 121, nave 11
Tlf. (958) 46 53 82 • Fax (958) 46 53 83
18220 Peligros (Granada)
E-mail: comares@comares.com
<http://www.comares.com>

ISBN: 84-8444-644-1 • Depósito legal: Gr. 2031/2002

FOTOCOMPOSICIÓN, IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES S.L.

*A Eduardito José,
por su inmensa alegría.*

A mis padres

SUMARIO

ABREVIATURAS	XIII
PRÓLOGO	XV
NOTA PRELIMINAR	XIX
I. INTRODUCCIÓN	1
I.1. Consideraciones preliminares acerca de las posiciones básicas en la dogmática de la tentativa	1
I.2. Injusto penal e injusto de la tentativa	7
A) Concepto personal de lo injusto	7
B) Concepto subjetivo-monista (valoración crítica)	14
C) Concepto objetivo-monista	20
D) Concepto dualista (toma de postura)	22
I.3. Autoría mediata y actio libera in causa como supuestos de discusión específica	33
II. Modelos de pensamiento y paradigmas acerca del fundamento de punición y comienzo de la tentativa	37
II.1. «Modelo objetivo»: <i>paradigma del peligro para los bienes jurídicos</i>	37
A) El enjuiciamiento del peligro	37
B) Teorías objetivas sobre el fundamento de punición de la tentativa	40
a) Antigua teoría objetiva	40
b) Moderna teoría objetiva	41
c) Teorías objetivo-formales	42
C) Consecuencias en la configuración de lo injusto de la tentativa	43
a) Consideraciones generales	43
b) Exigencia de un concreto peligro para el bien jurídico en toda tentativa punible	47
c) Admisión «excepcional» de la tentativa sin resultado de peligro concreto	53

d)	Creación de un delito de peligro abstracto	57
D)	Teorías objetivas acerca del comienzo de la tentativa	58
a)	Teoría objetivo-formal	58
b)	Desarrollo de la teoría objetivo-formal: la «fórmula de FRANK»	59
c)	Teorías objetivo-materiales basadas en la idea de la causalidad	60
d)	Teorías objetivo-materiales basadas en la idea del peligro y el ataque al bien jurídico	62
E)	Valoración crítica	64
II.2.	«Modelo subjetivo»: <i>paradigma de la voluntad contraria a la norma</i>	65
A)	Teorías subjetivas sobre el fundamento de punición de la tentativa	65
B)	Consecuencias en la configuración de lo injusto de la tentativa	69
C)	Teorías subjetivas sobre el comienzo de la tentativa	70
D)	Valoración crítica	73
II.3.	«Modelo subjetivo-funcionalista»: <i>paradigma de la desobediencia a la norma</i>	74
A)	Introducción	74
B)	Teoría de la impresión	75
C)	Teoría basada en el quebrantamiento de la vigencia de la norma	78
D)	Valoración crítica	82
II.4.	«Modelo subjetivo-objetivo»: <i>paradigma del riesgo de lesión del bien jurídico</i>	83
A)	Teorías subjetivo-objetivas sobre el fundamento de punición de la tentativa	83
a)	Introducción	83
b)	La teoría de la unión de ROXIN (valoración crítica)	85
c)	La teoría subjetivo-objetiva propia de HIRSCH	88
B)	Teorías mixtas sobre el comienzo de la tentativa	92
a)	Introducción	92
b)	La « <i>Ansatz-formel</i> »	92
c)	La teoría de los actos intermedios	93
C)	Toma de postura	97
III.	La tentativa en la autoría mediata	101
III.1.	Planteamiento del problema	101
A)	La simetría estructural entre tentativa acabada y autoría mediata	101

B)	Teoría objetivo-formal (de la autoría), teoría del dominio del hecho y autoría mediata	105
III.2.	Modelos de solución	111
A)	Introducción	111
B)	Solución «individual» o del autor mediato	111
C)	Solución «global» o del instrumento	116
D)	La solución de ROXIN	119
III.3.	Toma de postura	120
IV.	La tentativa en la <i>actio libera in causa</i>	123
IV.1.	Concepto y ámbito de la « <i>actio libera in causa</i> »	123
IV.2.	Modelos de solución	128
A)	El «modelo de la excepción» (valoración crítica)	128
B)	El «modelo del tipo» (y la «teoría de la provocación relevante»): críticas y contracríticas	132
C)	Sector crítico	134
IV.3.	Toma de postura	137
V.	Conclusiones	143
VI.	Bibliografía	169

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
CP	Código Penal español
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DP	Doctrina Penal
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtsaal
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KJ	Kriminologisches Journal
LK	Leipziger Kommentar
LL	La Ley
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
MschrKrim	Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NDP	Nueva Doctrina Penal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PJ	Poder Judicial
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
SK	Systematischer Kommentar

StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrS	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PRÓLOGO

Una cuestión de especial importancia consiste en establecer el criterio o los criterios que permitan justificar la punición de la tentativa. De la solución adoptada se deducirán las condiciones que permitan fijar los límites dentro de los cuales la tentativa despliega sus efectos. Es decir, la posibilidad de distinguirla en su límite inferior de los actos preparatorios y en su límite superior del estadio en el que el delito alcanza su consumación. Asimismo, la decisión adoptada precisará el ámbito operativo del desistimiento.

La doctrina ha sido especialmente prolífica en proporcionar toda clase de argumentos encaminados a justificar el castigo de esta forma de realización del delito. A la luz de las modernas propuestas dogmáticas en torno al tema de la legitimación material del Derecho penal —en última instancia, de la noción de injusto de la que se parta— se pueden encuadrar tales teorías en dos grandes grupos según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible viene determinada, por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta?

La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos («*teoría de la lesión del bien jurídico*»). La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el Derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma («*teoría del quebrantamiento de la norma*»).

La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incrimine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, comportando así la exigencia de un Derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesividad. De ahí que, junto a los actos preparatorios, la tentativa aparezca en una fase anterior a la consumación del delito; como un injusto abocado a la consumación de alguno de los tipos dolosos recogidos en la parte especial del Código penal. Por el contrario, los que se decantan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un quebrantamiento absolutamente perfecto de la misma. De esta forma, la consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos.

Con arreglo a la teoría de la lesión del bien jurídico la posición más expresiva respecto al fundamento de la punición de la tentativa es sin duda la teoría objetiva basada en la peligrosidad del ataque para el objeto jurídico protegido. La teoría de la desautorización de la norma y aquellas que se formulan en torno a la infracción del deber u otras perspectivas similares, encuentran su fundamento natural en consideraciones subjetivas: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante el acto ejecutivo. Por último, existen otra serie de concepciones que exhiben una naturaleza mixta o ecléctica, de suerte que en algunos casos aparecen como teorías objetivo-subjetivas o subjetivo-objetivas.

A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la mayor parte de la doctrina penal española se ha venido orientando por una versión objetivada del injusto del delito intentado. Orientación, que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador español. Considérese, por ejemplo, la fórmula empleada en el artículo tercero del Código penal de 1870, en la que se exige al autor del delito intentado que de «principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores», que ha sobrevivido en su literalidad a los avatares del tiempo hasta quedar reproducida en el artículo 16.1 del Código penal de 1995.

A diferencia del CPTR, el Código penal de 1995 aporta elementos más contundentes para sostener un reforzamiento objetivo en la definición de la tentativa. En primer lugar, se margina de la regulación del art.16 la tentativa irreal o supersticiosa, al exigirse que el sujeto practique «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»; asimismo, en el art.62 se hace depender la atenuación de la pena «del peligro inherente al intento» y «del grado de ejecución alcanzado». No obstante, el legislador no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición de la tentativa inidónea. En efecto, aunque el artículo 16.1 no emplea el término «idoneidad» para referirse a los actos propios de la tentativa, dicho calificativo puede entenderse implícitamente utilizado al exigir el precepto que dichos actos «deberían producir el resultado», lo que reclama una determinada aptitud de la acción ejecutada.

La doctrina española no muestra discrepancias a la hora de reconocer la exigencia de «objetivismo» en los actos ejecutivos. Sin embargo, la polémica surge respecto a cómo debe interpretarse tal término. No obstante, esta orientación objetiva, en la que se enmarca la regulación legal de la tentativa, se ve atemperada por la fuerte influencia que sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán. Por eso, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas; sin que ello signifique la renuncia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esta es la razón por la cual la tentativa no aparece en el centro de la polémica en torno a la naturaleza del ilícito penal, como se puede comprobar al examinar el desarrollo de las teorías subjetivas en Alemania.

Los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que en sentido estricto no existe la tentativa inidónea, ya que el desvalor lo hacen residir en el dolo del autor manifestado externamente. Así, desde una perspectiva subjetivo-objetiva, hoy dominante entre los finalistas, lo decisivo reside en el juicio emitido *ex ante* por un «espectador objetivo» sobre la peligrosidad de la conducta y partiendo del plan del autor.

Mientras tanto, los autores que se decantan por una solución objetiva aportan distintas alternativas en la búsqueda de una solución: a) Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas. b) Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esa peligrosidad debe establecerse *ex ante*. c) La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas —punibles— e inidóneas absolutas —impunes—; la distinción se efectúa en base a consideraciones fácticas. d) Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que, por si misma, sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Tesis defendida por mí.

Desde una perspectiva diferente, hemos de convenir que la tentativa no es más que una forma adelantada de la punibilidad. Técnica legislativa que responde a la necesidad de extender la amenaza o conminación penal, prevista para los delitos dolosos consumados, a estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Por eso, el fundamento de todos los actos de ejecución debe ser unitario y responder a las mismos requerimientos preventivos. En otras palabras, no se condice con la lógica jurídica que el injusto de una tentativa idónea se formule en términos objetivos, mientras que el injusto de una tentativa inidónea se haga en términos subjetivos.

En definitiva, toda tentativa requiere de la aparición de un peligro en el resultado. Por lo que, todo resultado de peligro requiere de un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido, atribución verificada por la vía de un juicio objetivo de imputación. El estado de peligro debe manifestar externamente dos características interdependientes: la proximidad de lesión del bien jurídico y la ausencia de una normal dominabilidad de las posibles causas salvadoras.

Con esta fórmula se propone una fundamentación única para todas los supuestos de punibilidad adelantada, entre los cuales figura el delito intentado. El principio de lesividad concretado en el peligro para el bien jurídico aparece como el punto de referencia alrededor del cual deberá girar la dogmática particular de estas formaciones típicas. A su vez, esta fórmula es la que mejor se

ciñe a la regulación objetiva que el legislador hace de la tentativa en el art.16.1, en donde el término «resultado» hace referencia al estado de peligro que genera la acción peligrosa, ya que objetivamente toda tentativa es inidónea.

En todo caso, la piedra de toque en toda esta discusión interna la conforma el tratamiento que se propone para la tentativa inidónea. Precisamente, a través de las consideraciones que unos y otros autores hacen de ella se logra discernir algo en un panorama bastante confuso, de difícil aplicación jurisprudencial, y que, salvo estimables aportes doctrinales, no ha merecido aún suficiente interés por parte de la doctrina española.

Pues bien, entre esos escasos aportes se inscribe la monografía que hoy prologo escrita por el Profesor Eduardo Demetrio Crespo con notable claridad de juicio y fundamento doctrinal. El autor, que se inspira en el modelo subjetivo-objetivo a la hora de fundamentar el injusto de la tentativa, enriquece la discusión al vincularla a dos aspectos escasamente tratados incluso por la doctrina alemana: la tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*. De esta forma se abren nuevos cauces de reflexión que, sin duda, arrojarán algo más de luz sobre la naturaleza jurídica del injusto penal. Resulta especialmente interesante las observaciones que el autor hace respecto a la necesidad de proporcionar un tratamiento único aplicable tanto a la tentativa acabada como inacabada. De tales juicios surge una implícita crítica a la capacidad que tendría la fórmula objetivo-subjetiva para explicar la aparición del peligro concreto en la tentativa inacabada. No obstante, me atrevo a pensar que una reflexión más profunda acerca de la naturaleza normativa del concepto de peligro permitirá, a la postre, salvar dichas objeciones.

En definitiva, nos encontramos con una valiosa investigación sobre uno de los temas más complejos de la teoría del delito. La tentativa, el acto ejecutivo en suma, siempre aparece en el inicio y en el final de toda reflexión dogmática. Abordar sus contenidos implica una notable decisión y unos sólidos conocimientos. Ambas cualidades quedan reflejadas con claridad en esta monografía que merece el mayor de los elogios.

José Ramón SERRANO-PIEDECASAS.
Catedrático de Derecho Penal
Toledo. Diciembre del año 2002

NOTA PRELIMINAR

El contenido de este libro corresponde básicamente al Segundo Ejercicio que presenté en junio del año 2001 para la obtención de una plaza de Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Castilla La-Mancha, para impartir docencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. Mi gratitud a los Profs. Drs. Muñoz Conde, Boix Reig, García Rivas, Boldova Pasamar y Cugat Mauri, por las oportunas observaciones realizadas.

Quiero aprovechar la ocasión que me brinda esta publicación para expresar, por escrito, mi más profunda gratitud y sincero cariño al Prof. Arroyo Zapatero, por su magisterio, en el sentido más rico de la palabra, científico, y por encima de todo, humano. He tenido la suerte, desde mi llegada a Toledo, de ser destinatario de su generosa hospitalidad, su cercanía y trato afectuoso, así como de su orientación científica; y, al mismo tiempo, de aprender de él «lecciones» que no enseñan los libros, sino la vida. Mi agradecimiento, asimismo, al Prof. García Rivas, con quien he podido contrastar aspectos esenciales de este trabajo, así como a los demás compañeros de Derecho Penal de la UCLM, por su acogida y apoyo.

Mi gratitud se dirige, además, al Prof. Hirsch, mi maestro de la Universidad de Colonia, por haber posibilitado que realizara diferentes estancias a lo largo de los últimos años en el Instituto de Ciencias Penales de dicha universidad, brindándome, como siempre, su hospitalidad y asesoramiento científico. Al Prof. Quintero Olivares, por sus consejos científicos, en particular, los relacionados con este trabajo y, sobre todo, por su amistad. Y, por último, al Prof. Romeo Casabona, por proponer a la editorial la publicación de la obra en la prestigiosa colección que dirige.

En Toledo, junio 2002

I

INTRODUCCIÓN

I.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DE LAS POSICIONES BÁSICAS EN LA DOGMÁTICA DE LA TENTATIVA, Y LA VINCULACIÓN ENTRE EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN Y EL COMIENZO DE EJECUCIÓN

La cuestión de por qué se castigan conductas que no han conducido a la lesión de ningún bien jurídico es uno de los problemas más debatidos del Derecho Penal ya que afecta profundamente al núcleo de la teoría de lo injusto¹. En la problemática es posible distinguir como punto de partida dos posiciones básicas en torno a la punición de la tentativa: una *teoría objetiva*, centrada en la posibilidad de lesión; y una *teoría subjetiva*, basada en la manifestación de la voluntad delictiva. Más recientemente SERRANO-PIEDecasas ha entendido que las teorías existentes pueden encuadrarse en dos grandes grupos según la respuesta que se da a la pregunta acerca de aquello que determina la significación del hecho punible, la lesión del bien jurídico o la desautorización de la norma que comporta la conducta².

¹ Sobre el problema cfr., entre otras, las siguientes referencias: ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000, págs. 15 y ss; CUELLO CONTRERAS, «El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, págs. 285 y ss; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1986, págs. 3 y ss; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, págs. 304 y ss; SERRANO-PIEDecasas, «Fundamento de la punición en la tentativa», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, *Op.cit*, págs. 521 y ss; el mismo, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, Córdoba (Argentina), 2001, págs. 37 y ss; SOLÁ RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, págs. 17 y ss.

² SERRANO-PIEDecasas, «Fundamento ...», *Op.cit*, pág. 521.

Comparto, sin duda, este último punto de vista, puesto que las concepciones últimas acerca de los fines de la pena y del Derecho Penal no son ajenas a la teoría del delito. Ciertamente, en el fondo, se contraponen un paradigma basado en la protección del bien jurídico y referido a la lesión del bien jurídico, frente a un paradigma basado en la protección del propio ordenamiento jurídico, relativo al quebrantamiento de la norma, y referido a la lesión del deber^{3/4}. El punto de vista defendido en este trabajo parte de la premisa según la cual, dado que las teorías sobre el fundamento de punición de la tentativa conducen a una determinada concepción de lo injusto de la tentativa, y a su vez, la determinación de su comienzo resulta fundamental en la exacta configuración de éste último, ambas cuestiones no pueden aislarse. Por ello se ha optado por un tratamiento en «bloques», lo cual resulta posible porque la discusión en uno y otro ámbito responde a determinados «*modelos de pensamiento*» de la *dogmática de la tentativa*, cada uno de los cuales contiene, a su vez, diferentes teorías que son sometidas a análisis en el trabajo.

En Alemania, hasta el Tercer *Reich*, la opinión mayoritaria se inclinó por una teoría objetiva frente a lo sostenido por la Jurisprudencia. Sin embargo, la orientación subjetiva de la Jurisprudencia se vio correspondida por los penalistas del período nacionalsocialista, y después de 1945 la doctrina ha seguido sosteniendo mayoritariamente la teoría subjetiva, a excepción de SPENDEL⁵ que propugnó siempre un sistema objetivo⁶. Ciertamente la teoría subjetiva en Alemania se ha visto respaldada por la regulación de la tentativa del § 22 del StGB de 1975 basada en los dos elementos característicos: a) la manifestación de voluntad de lesionar un bien jurídico-penal en una conduc-

³ En este sentido, Cfr: ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *Op.cit.*, págs. 326 y ss.

⁴ Este último aparece en el actual debate científico, a mi modo de ver, insertado en el contexto legitimador del Derecho Penal proveniente del fin de la prevención general positiva en su lectura funcionalista. Sobre los distintos «modelos de pensamiento» subyacentes a la prevención general positiva, Cfr: DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, págs. 109 y ss.

⁵ SPENDEL, «Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht», *ZStW* (65) , 1953, págs. 519 y ss; «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», en *NJW* (1965), págs. 1881 y ss; «Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie», en *Festschrift für Ulrich Stock*, Würzburg, 1966, págs. 89 y ss.

⁶ Cfr, sobre esta evolución, HIRSCH, «Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, 2001, pág. 712

ta tendente a ello según la representación del autor; b) que el hecho no llegue a la consumación; así como por la inclusión del § 23.3 que permite dar cabida, en una interpretación literal, incluso a la tentativa irreal⁷. Más recientemente, sin embargo, el tema fue retomado en las Jornadas de Derecho Penal celebradas en Frankfurt en 1985⁸ y en las Jornadas germano-japonesas de Derecho Penal celebradas en Colonia en 1988⁹, pudiendo observarse un «retorno» generalizado hacia el intento de fundamentación objetiva de la tentativa, que, como ha advertido ROXIN, ha ido ganando cada vez más partidarios¹⁰.

En España, como señala GONZÁLEZ CUSSAC¹¹, hasta la aparición del artículo 52.2 en el CP de 1944 la doctrina mayoritaria mantuvo una postura eminentemente objetiva de la tentativa; mientras que con posterioridad a dicha fecha se produjo un importante desajuste¹². En esta segunda etapa habría que destacar dos tendencias: a) una primera que mantiene la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, considerando la primera impune y la segunda punible; b) una segunda que ha exigido la existencia de una *puesta en peligro concreto del bien jurídico* para la punición de la tentativa¹³. MORENO-TORRES advierte, por otra parte, que en España ha podido siempre observarse un genérico esfuerzo doctrinal por excluir los supuestos

⁷ § 22 StGB: «Comete tentativa quien, según su representación del hecho, se dispone directamente a la realización del tipo». § 23 StGB: «Si el autor, por una burda falta de entendimiento, desconoció que la tentativa, debido a la naturaleza del objeto sobre el que había de cometerse o del medio con el que había de cometerse, no podía conducir en ningún caso a la consumación, el tribunal puede prescindir de la pena o atenuarla según su arbitrio».

⁸ Cfr: JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», en *ZstW* (97), 1985, págs. 751 y ss (en español: «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, trad. y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, 1997, págs. 293 y ss)

⁹ Cfr: WEIGEND, «Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre», en HIRSCH / WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, 1989, págs. 113 y ss.

¹⁰ ROXIN, «Über den Strafgrund des Versuchs», *Festschrift für Nishihara*, Baden-Baden, 1998, págs. 157 y ss.

¹¹ MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, *Op.cit.*, págs. 309-310.

¹² GONZÁLEZ CUSSAC, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho, y reforma penal», en *PJ*, núm. 28, 1992, págs. 7 y ss.

¹³ Cfr, en este sentido: NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, págs. 107 y ss.

de tentativa irreal y de tentativa absolutamente inidónea sobre la base de la absoluta ausencia de peligrosidad de la acción. Esto, sin embargo, no es óbice para que se haya reconocido que el polémico art. 52.2 del CP TR de 1973 sólo podía responder a una teoría subjetiva de la tentativa (sin que ello signifique necesariamente convertirse por ello en partidario de dicha teoría) ¹⁴.

La defensa de una u otra teoría traerá consigo consecuencias político-criminales de gran trascendencia en orden a la determinación del *comienzo de la tentativa*, o la distinción entre *tentativa idónea* y *tentativa inidónea*. En el debate subyace, sin duda, como ya en su día señalara CEREZO ¹⁵, el contraste de los diferentes «valores del Derecho»: mientras que *la utilidad* exige la mayor anticipación posible del comienzo de la tentativa punible, y reclama una concepción subjetiva de la antijuridicidad de la tentativa que amplía el marco posible de su punibilidad, *la seguridad jurídica* impone, sin embargo, límites más rigurosos.

En todos los *Manuales y Comentarios* es frecuente encontrar una afirmación general según la cual la tentativa es el hecho penal comenzado, pero no consumado; o más exactamente la acción que media entre la preparación y la consumación de un tipo doloso, que completa el tipo subjetivo, pero realiza sólo parcialmente el tipo objetivo; si bien, los elementos del correspondiente tipo de injusto varían dependiendo de la formulación legal adoptada. Así, en Alemania la definición del § 22 del StGB obliga a poner el acento en dos elementos clave de carácter subjetivo y objetivo respectivamente como son la representación del autor y la inmediatez de la resolución delictiva, que denotan en su conjunto una orientación claramente subjetiva ¹⁶. Por el con-

¹⁴ MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, *Op.cit.*, pág. 316.

¹⁵ CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1964, págs. 7-8.

¹⁶ Cfr. en la doctrina de habla alemana: FISCHER, *Strafgesetzbuch und nebengesetze*, 50.^a ed, München, 2001, pág. 169; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 4.^a ed, Wien, 2000, Capítulo 28; GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed, Berlin.Heidelberg.New York, 2001, pág. 285; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, págs. 866 y ss; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.^aed, Berlin, 1996, pág. 515; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin.Heidelberg.New York, 1997, esp. págs. 459 y ss; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed, München, 2000, págs. 504 y ss; RUDOLPHI, «Vorbemerkungen vor § 22», en *SK*, 1994, págs. 2 y ss; SCHÖNKE / SCHRÖDER, «§ 22 Begriffsbestimmung», en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26 .^a ed, München, 2000, margs. 5 y ss; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4.^a ed, Köln.Berlin.Bonn.München, 2000, págs. 256 y ss.

trario, la doctrina española atiende, de acuerdo con la definición del art. 16 CP¹⁷, a elementos de carácter nítidamente objetivo como son la fórmula del principio de ejecución, y la realización de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado¹⁸.

Como señalara en su día FARRÉ TREPAT, «plantearse en qué momento comienza la tentativa en el Derecho Penal español equivale a plantearse en qué momento se da principio a la ejecución del hecho (...)»^{19/20}. Esta afirmación puede seguir sosteniéndose, toda vez que la nueva regulación del CP de 1995, mantiene que: «Hay tentativa cuando el sujeto *da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores...*». Se trata, sin duda, de un punto crucial, puesto que, como ha señalado la doctrina, su interpretación viene a decidir la exacta configuración del tipo objetivo del delito tentado²¹.

El origen de la fórmula parece encontrarse en la expansión del Código penal francés, así como en la aceptación de la ideología de la Revolución Francesa, lo cual se refleja en las *consecuencias restrictivas* que implica en orden a la punibilidad de la tentativa, tendentes a proporcionar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos²². En primer lugar, constituye un principio unánimemente aceptado la exclusión del concepto de tentativa de la fase de deliberación interna, lo cual quedaba ya perfectamente reflejado en el prin-

¹⁷ Art. 16 CPE: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

¹⁸ Cfr, en la doctrina española: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ ARROYO ZAPATERO / GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ / SERRANO-PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed, Barcelona, 1999, págs. 276 y ss; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed, Valencia, 1996, págs. 654 y ss; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed, Barcelona, 2002, págs. 325 y ss; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed, Valencia, 2000, págs. 475 y ss; QUINTERO OLIVARES (Drt.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed, Pamplona, 2001, págs. 119 y ss; QUINTERO OLIVARES (MORALES PRATS / PRATS CANUT), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed, Pamplona, 2002, págs. 579 y ss.

¹⁹ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, *Op.cit.*, , pág. 137.

²⁰ Cfr. igualmente en nuestra doctrina: ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, *Op.cit.*, págs. 17 y ss; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, *Op.cit.*, , págs. 304 y ss; SOLÁ RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, *Op.cit.*, págs. 17 y ss.

²¹ VIVES ANTÓN (COORD.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 98.

²² FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, *Op.cit.*, págs. 138 y ss.

cipio romano *cogitationes poena nemo patitur*²³. Se precisa, pues, a tenor de este principio, y se trata aquí de un mínimo ineludible, de la necesidad al menos de actos externos dirigidos a la realización del delito. En segundo lugar, tampoco todos los actos externos dirigidos a la realización del delito pueden considerarse actos de tentativa, sino solamente aquellos que comportan un principio de ejecución. Esto hace que sea posible distinguir entre actos preparatorios —generalmente impunes— y los actos ejecutivos, constitutivos ya de una tentativa.

Para FARRÉ TREPAT, «el principio de ejecución y la consiguiente distinción entre actos preparatorios y ejecutivos tienen como objeto fundamentar que los actos preparatorios son, en general, impunes, a no ser que el legislador imponga lo contrario»²⁴. Sin embargo, la misma autora ha señalado que «la fórmula de «dar principio a la ejecución» ha cumplido muy parcialmente sus objetivos puesto que sólo obliga a distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos sin ofrecer ningún criterio de distinción entre ellos. Por esta razón en los países en cuyos códigos se impuso el principio de ejecución ha surgido la preocupación por parte de la doctrina y la Jurisprudencia, de establecer el momento de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos que se ha considerado incluso como el problema más arduo de los que plantea la tentativa de delito»²⁵.

De las reflexiones anteriores se deduce claramente que estamos ante un tema de primera línea en el Derecho Penal por su enorme trascendencia, pues se trata de trazar la frontera entre el ámbito de lo penalmente irrelevante y lo punible. La decisión última acerca de por qué un acto debe ser considerado ya ejecutivo, justificando así la intervención del Derecho Penal, y de por qué no debe ser evaluado de la misma forma el acto inmediatamente anterior, dependerá, en último término, de las decisiones valorativas previas que hayan sido adoptadas por el legislador partiendo de una determinada concepción ideológica o política²⁶. Como ya se ha subrayado, la impunidad general de los actos preparatorios es un rasgo característico de los sistemas políticos liberales, mientras que la punición genérica de los mismos revela una actitud propia de sistemas autoritarios.

²³ ULPiano, 18 DIG. 48, 19.

²⁴ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito...*, *Op.cit.*, pág. 139.

²⁵ *Ibidem*, págs. 140-141.

²⁶ ALCÁCEr GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit.*, pág. 17.

I.2. INJUSTO PENAL E INJUSTO DE LA TENTATIVA

A) Concepto personal de lo injusto

El concepto personal de lo injusto es definido por WELZEL señalando las siguientes notas²⁷: a) Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligado en su contenido de la persona del autor; b) La acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico; c) La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción); d) Mientras que el desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal, el desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción (p.e en la tentativa inidónea).

Sobre las razones que constatan el éxito del concepto personal de lo injusto da cuenta HIRSCH: «El reconocimiento —pese a toda la polémica sobre su fundamentación— que ha tenido lugar del concepto de lo injusto personal por la teoría dominante actual se refleja en que el dolo, dirigido a los elementos objetivos del tipo, se sitúa ya en el tipo del injusto del delito doloso. También se reconoce que, en todo caso, la previsibilidad objetiva de la posibilidad del resultado es ya un requisito del tipo de lo injusto del delito imprudente. La actual doctrina dominante acepta que una pura orientación al «desvalor de resultado», de la que partía la teoría causal, es demasiado estrecha; por el contrario, el significado decisivo en el plano de lo injusto le corresponde más bien al «desvalor de acción». Además la mayoría de los resultados derivados de la teoría de lo injusto personal han encontrado el reconocimiento de la doctrina dominante y, en parte, también expresamente del legislador. Hay que mencionar especialmente la moderna teoría del error, que se basa en la distinción entre dolo y conciencia de la antijuridicidad, concebida por Welzel como teoría de la culpabilidad, y contrapuesta a la teoría del

²⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1997 págs. 74-75.

dolo, dominante en la doctrina hasta el comienzo de los años cincuenta; los conocimientos de la teoría de la participación desarrollados a partir del concepto de lo injusto personal, sea con respecto a la accesoriedad del dolo, sea en referencia a la hoy mayoritaria teoría del dominio del hecho; igualmente la moderna doctrina de la imprudencia»²⁸.

Los argumentos que han conducido a la posición hoy mayoritaria, que incluye dolo e imprudencia —junto con los elementos objetivos y eventualmente adicionales elementos subjetivos— en el tipo de lo injusto, me parecen contundentes. En primer lugar, *si no hay dolo ni imprudencia no se vulnera prohibición, ni norma jurídica alguna*, ni la conducta se desvalora en absoluto: *no hay injusto sin desvalor de acción*²⁹ (lo que no implica en ab-

²⁸ HIRSCH, «La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft»», trad. de Melendo Pardos y Rueda Martín, en HANS JOACHIM HIRSCH, *Obras Completas. Tomo II*, Buenos Aires, 1999, págs. 92-93.

²⁹ La discusión sobre el carácter objetivo o subjetivo de lo injusto ha sido una constante en el seno de la ciencia penal del siglo XX [MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, págs. 181 y ss]. Al mismo tiempo las dos concepciones históricamente más importantes de la antijuridicidad (causalismo y finalismo) pueden definirse en función de su actitud frente a los conceptos desvalor de acción y desvalor de resultado [MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», en *El Derecho penal en el Estado social...*, *Op.cit.*, pág. 57].

Dentro del concepto clásico de delito la antijuridicidad era un juicio objetivo de desvalor sobre la situación causada por una acción, entendida desde un punto de vista externo o naturalístico. Con el neokantismo se advirtió la existencia de elementos subjetivos de lo injusto en algunos tipos delictivos, pero la concepción de la antijuridicidad sigue siendo considerada básicamente sede de componentes objetivos, mientras que la culpabilidad lo era de los subjetivos. Es con el finalismo cuando lo injusto se subjetiviza mediante la inclusión en el tipo del dolo y la imprudencia, como núcleo del desvalor de acción, dando lugar al concepto de injusto personal. Aunque causalismo y finalismo coinciden en que estructuran el delito en tres escalones (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), difieren en el contenido que dan a esos elementos porque mientras que para la dirección causalista el tipo del hecho doloso y el del culposo son idénticos y la distinción entre delito intencional e imprudente no se establece hasta llegar a la culpabilidad, el finalismo distingue ya en el tipo entre delito doloso y culposo puesto que, además de la causalidad entre comportamiento y resultado, hay que examinar en el tipo el contenido de la voluntad: si el autor quiso el resultado (tipo doloso), o si simplemente actuó negligentemente (tipo imprudente) [Cfr. GIMBERNAT ORDEIG,

«El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a ed, Madrid, 1980, págs. 132-133].

El desvalor de acción cuenta, según buena parte de la doctrina, con dos elementos: uno subjetivo (o desvalor de la intención) y uno objetivo (o peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta). Pues bien, el primer elemento, el *desvalor de la intención*, está representado por la finalidad típica o expresión externa de la voluntad dirigida a un fin contrario a Derecho. Es preciso destacar que este elemento es identificable, por lo que interesa en el contexto de este trabajo, con el dolo, sin olvidar que, como ha advertido STRUENSEE, el tipo subjetivo no está concebido independientemente del objetivo, sino que guarda una relación de dependencia lógica con éste [Cfr. STRUENSEE, *Dolo, tentativa y delito putativo*, trad. de Sancinetti, Buenos Aires, 1992, pág. 63].

La *peligrosidad objetiva ex ante de la conducta* es un elemento del desvalor de acción que debe relacionarse con la adecuación de la conducta para la causación del resultado típico, y más ampliamente con la moderna teoría de la imputación objetiva, como intento de superación de aquellas doctrinas que han buscado su legitimidad axiológica en instancias no normativas como la causalidad o la finalidad, buscando su sustitución por decisiones de valor político-criminales con base en conceptos normativos [Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pág. 79; GARCÍA RIVAS, *El delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, págs. 10 y ss; SOLÁ RECHE, «La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal», en *Estudios Jurídicos, Tomo II*, Tenerife, 1993, págs. 989 y ss. Asimismo, Vid. ROXIN, «La problemática de la imputación objetiva», trad. Casas Barquero, en *CPC*, 1989, págs. 749 y ss; el mismo, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en Derecho Penal», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, págs. 128 y ss; el mismo, «Finalidad e imputación objetiva», trad. Casas Barquero, en *CPC*, 1990, págs. 131 y ss; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Cancio Meliá, Bogotá, 1994, *passim*].

Para el origen de la teoría de la causalidad adecuada, Cfr. la obra de VON KRIES, para quien los juicios de necesidad, probabilidad y posibilidad han de formularse en base a dos clases de conocimiento: nomológico (o conocimiento general de la experiencia, sobre los fenómenos y leyes de la naturaleza) y ontológico (conocimiento de los hechos), llegándose por esta vía a la conclusión de que sólo puede considerarse causa del resultado aquella condición que según la experiencia eleva de modo no irrelevante la posibilidad de producción del resultado típico (VON KRIES, «Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben», en *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, año 12 (1888), págs. 179 y ss). Cfr. además, las aportaciones al concepto de la causalidad adecuada efectuados por TRAEGER en el sentido de que el juicio de posibilidad debe conformarse de acuerdo con todas las circunstancias existentes en el momento de la acción cognoscibles por un sujeto muy prudente, junto a todas aquellas de las que el sujeto tuviera conocimiento (*Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburgo, 1904, 1929, pág. 117).

Sobre la teoría de la causalidad adecuada y su inserción en la moderna teoría de la imputación objetiva, Cfr. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, págs. 95 y ss; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, pág. 22; TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, 1986, págs. 33 y ss; KAUFMANN, «¿Atribución objetiva en el delito doloso?», en *ADPCP*, 1985, págs. 807 y ss; DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, págs. 117 y ss; DÍAZ PITA, «¿Qué queda de la causalidad?», en *RDPC*, núm. 4, 1999, págs. 505 y ss.

*soluta que el resultado pueda ser relegado a la condición de mera condición objetiva de punibilidad*³⁰). Esto se debe a que la norma que vulnera la con-

En este sentido puede decirse que la teoría de la imputación objetiva se muestra como una noción supracausal, teleológica, en la que no se cuestiona la relación causa-efecto, sino la conexión medio-fin entre la acción humana y sus consecuencias, y que, por ello, en cierto modo, abarca todo el Derecho Penal. Cabría decir, en definitiva, que una acción que se muestra *ex ante* inidónea o sencillamente incapaz para producir el resultado por no ser peligrosa y carecer por tanto de capacidad lesiva, aún cuando se dirija a la lesión de un bien jurídico según la representación del autor, no puede ser objeto de prohibición. En este sentido la peligrosidad objetiva de la acción puede considerarse como un *criterio delimitador de la antijuridicidad* -pues implica una característica atribuible a la acción que informa sobre la capacidad causal de la misma en relación con un resultado determinado- que hace que el elemento de la finalidad contraria a Derecho sea un criterio necesario pero insuficiente de la prohibición [MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...*, *Op.cit*, págs. 74 y ss].

³⁰ Es preciso aclarar que, como ha puesto de relieve la doctrina [Cfr: HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, págs. 21-22; LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, págs. 16 y ss], no existe univocidad respecto al término «desvalor de resultado». Una primera acepción lo identifica con la «*realización del tipo*» o «*manifestación externa de la acción típica*». Una segunda lo entiende como «*desaprobación del resultado naturalísticamente producido separable de la acción*», que sólo concurre en los llamados «*delitos de resultado*». Esta calificación contrapone esta clase de delitos a los «*delitos de mera actividad*» y de ella derivan consecuencias dogmáticas de enorme trascendencia tales como: la *determinación del momento consumativo* (así como la conclusión, compartida por buena parte de la doctrina, de que sólo cabe tentativa acabada y desistimiento activo en dichos delitos), la *determinación de los requisitos para la punición de la conducta imprudente* (exigencia de la efectiva producción del resultado en los delitos imprudentes de resultado vinculada a la no admisión de la tentativa en los mismos), la *posibilidad de la comisión por omisión* si se dan los requisitos para ello (bien que la exclusión de dicha posibilidad en los delitos de mera actividad se explique más bien por la imposibilidad de establecer una equivalencia entre el comportamiento descrito en el tipo y la omisión), y finalmente en el ámbito de los delitos de peligro (donde sólo los de peligro concreto se consideran delitos de resultado). Finalmente, el desvalor de resultado puede concebirse, como se hace en este trabajo, de un modo más amplio, como «*desaprobación del resultado jurídico*», entendido como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico como elemento cofundamentador de lo injusto. Según esta última acepción, el desvalor de resultado puede estar presente en todos los delitos y sirve de base a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro. Es muy importante matizar bien el alcance conceptual que se da al término «desvalor de resultado» pues probablemente buena parte de las polémicas doctrinales en materia de «antijuridicidad material» parten de una insuficiente aclaración previa del mismo. En cualquier caso, la cuestión de la relevancia jurídico-penal del resultado en el ámbito de lo injusto es una de las fuentes de mayores controversias dogmáticas, hasta el punto de que se ha dicho que se trata de una *auténti-*

ca antinomia del Derecho Penal. Así lo ha señalado CUELLO CONTRERAS expresándolo del siguiente modo: «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» [CUELLO CONTRERAS, «Falsas antinomias en la teoría del delito», en *ADPCP*, 1991, pág. 794].

Recientemente GIMBERNAT ORDEIG, en el Prólogo a la obra de su discípulo ALCÁCER GUIRAO, recuerda que la polémica acerca del papel del desvalor de resultado tiene su origen en RADBRUCH cuando en 1905 calificaba a la imprudencia de «vergonzante responsabilidad por el azar»: «De dos personas que manipulan el fuego con exactamente la misma falta de cuidado y que eran exactamente igual de capaces de prever el daño que esto amenazaba, será castigado aquél para quien el «capricho» ha querido que se originase un incendio, mientras que el otro será perdonado» [RADBRUCH, «Aussetzung», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und des ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomo V*, 1905, págs. 201-201, nota 2 (citado por GIMBERNAT)]. A partir de ahí reconoce ciertamente que la producción del resultado, tanto en el delito doloso como en el culposo, escapa al control de quien actúa y depende siempre en alguna medida del azar o de la casualidad, pero al mismo tiempo, advierte que no por ello estaremos ante una «responsabilidad por el resultado» si el autor causa el resultado, porque la lesión del bien jurídico es reconducible, por definición, a comportamientos dolosos o imprudentes anteriores. Pero además, subraya GIMBERNAT, «si lo que caracteriza a una condición objetiva de punibilidad es que se hace depender de su presencia el castigo –o, en su caso, el castigo agravado– por un hecho previamente típico, antijurídico y culpable, y que esa condición no tiene que ser causada por el autor, ni abarcada dolosa o imprudentemente por éste (...), no se entiende que pueda calificarse asimismo de «condición objetiva de punibilidad» al resultado en los delitos dolosos consumados y en los imprudentes, donde, naturalmente y por definición, y para que pueda encontrar aplicación el tipo correspondiente, aquél tiene que haber sido «causado» precisamente por el autor y, precisamente también, «intencionada» o, en su caso, «culposamente»» [GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo», en ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000, págs. XVI y sss]. GIMBERNAT, a la luz de las reflexiones anteriores, que pueden ser tomadas como base para la defensa de un concepto dualista de injusto penal, y la crítica del concepto monista-subjetivo (para el que el papel dogmático del desvalor de resultado es el de ser una condición objetiva de punibilidad, estando completamente excluido del ámbito de lo injusto), llega a la conclusión siguiente que quisiera subrayar: 1. El resultado no es una condición objetiva de punibilidad, ni tampoco un elemento de la culpabilidad, luego, ya sólo por exclusión, tiene que pertenecer al ámbito de lo injusto de los delitos dolosos consumados y de los imprudentes; 2. Se deduce de las propias descripciones legales que lo que distingue al tipo de lo injusto de la tentativa del delito consumado es que a éste le integra el resultado, mientras que a aquel no; y que la diferencia entre la conducta imprudente atípica sin resultado y la típicamente antijurídica con resultado es que en ésta última la lesión del bien jurídico figura como elemento objetivo de lo injusto; 3. La cuestión no puede ser ya la de si el resultado pertenece al tipo de los delitos dolosos consumados e imprudentes, sino, como mucho, la de preguntarse por qué pertenece y la de si es razonable y equitativo que pertenezca [GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo», *op.cit.*, págs. XVII y XVIII].

ducta antijurídica no es sólo una norma de valoración, sino también norma de determinación de comportamientos³¹, y ésta sólo puede vulnerarse direc-

³¹ La conclusión anterior se ve apoyada, entre otras razones, por la vinculación del análisis de la proposición jurídico-penal con la misión de protección a través de la prevención que le corresponde en el Estado democrático de Derecho, objetivo a conseguir mediante el aseguramiento de la paz social y la restricción del espacio individual de acción que impida injerencias en la esfera ajena de bienes jurídicos. Es claro por tanto que *la teoría imperativa tiene consecuencias inmediatas tanto en el ámbito de la función del Derecho, como en el de la teoría del delito*.

OCTAVIO DE TOLEDO entiende por ello que «la teoría imperativa se sostiene sobre la función del Derecho: si ésta consiste en regular la vida en comunidad, sólo puede obtenerse reclamando imperativamente de sus miembros la observancia de ciertos comportamientos. En este sentido se describe la norma jurídica como «norma de comportamiento. (...) Por el contrario el Derecho no podría desempeñar su función si las normas se concibieran como simples juicios de valor: compondrían un conjunto de meras declaraciones desprovistas de fuerza de convicción»[OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid, 1981, pág. 98]. Del mismo modo afirma JESCHECK que «dado que el Derecho debe actuar en la comunidad, su función como **norma de determinación** es la preferente, [si bien] el Derecho tiene también, simultáneamente, la misión de juzgar como objetivamente desacertado el comportamiento del autor, siendo por ello **norma de valoración**. De este modo, las proposiciones jurídicas ofrecen un *doble* carácter: como imperativos son normas de determinación, y como medida de desaprobación jurídica del comportamiento son normas de valoración» [JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed, trad. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pág. 214]

La norma penal es pues una *norma de determinación* puesto que, mediante la amenaza de la pena, pretender determinar, o lo que es lo mismo, «motivar» a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos; son, pues, *imperativos* dirigidos a los ciudadanos que se desprenden implícitamente de la proposición jurídico-penal completa. Esto no quiere decir que la norma jurídico-penal no implique igualmente un juicio de valor, pero sí implica la negación de la consideración de la misma únicamente como norma de valoración [LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, pág. 65].

Esta concepción tiene sin duda algunas *consecuencias dogmáticas* tales como la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, y la elevación del desvalor de acción a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador de lo injusto penal [HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, *Op.cit.*, págs. 17-18]. También JESCHECK subraya que «la consecuencia teórica de la teoría de los imperativos radica en la enseñanza de que la **voluntad de la acción debe ser el núcleo de la antijuridicidad** de un hecho, pues la voluntad humana opuesta a lo ordenado por el Derecho es la que vulnera el mandato o la prohibición contenidos en la norma. Si el fin de la norma consiste en proteger bienes jurídicos que se manifiestan en los concretos objetos de la acción, la forma y la medida de la puesta en peligro del objeto de la acción recogida en el tipo serán determinantes para la vulneración de la norma. No obs-

tamente con dolo o indirectamente con imprudencia. Esto explica además que en el Derecho Penal rija el principio de responsabilidad subjetiva, y esté excluida la responsabilidad objetiva o responsabilidad por la mera causación de un resultado. En segundo lugar, es bien conocido el *argumento de la ten-*

tante, esa puesta en peligro depende esencialmente, en cuanto a su carácter y entidad, de la voluntad del autor» [JESCHECK, *Tratado...*, *Op.cit.*, pág. 214]. Pero además debe resaltarse otra consecuencia dogmática en extremo importante que también se desprende de este planteamiento: si el Derecho Penal pretende proteger bienes jurídicos mediante la prevención de conductas lesivas para los bienes jurídicos debe incidir en el comportamiento del individuo en un momento en el que todavía pueda lograr este objetivo, es decir, «la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido (*ex post*)» [MIR PUIG, «La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal», en *El Derecho Penal...*, *Op.cit.*, pág. 95]

De lo dicho con anterioridad resulta ya un determinado punto de vista acerca de la *función de la norma jurídico-penal, y por consiguiente, del Derecho Penal*, porque -como ya hemos señalado- de la teoría imperativa de la norma penal como norma de determinación se deriva la asignación a la misma de una función de protección de bienes jurídicos a través de la motivación de las conductas en el sentido indicado por el ordenamiento jurídico, y por tanto, a través de la prevención de los delitos [En este sentido se han pronunciado en nuestra doctrina, entre otros, los siguientes autores: GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979, págs. 35-36; el mismo, «La culpabilidad como criterio regulador de la pena», en *RCP*, núm. 1, 1973, págs. 30 y ss; el mismo, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal», en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed, Madrid, 1980, págs. 105 y ss, *passim*; el mismo, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios ...*, *Op.cit.*, págs. 131 y ss, esp. págs. 142 y ss; MIR PUIG, *Introducción...*, *Op.cit.*, págs. 57, 106-107; el mismo, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1.ª ed, 1994, págs. 29 y ss, esp. pp 45 y ss; el mismo, *Derecho penal...*, *Op.cit.*, pág. 76; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, págs. 50 y ss; el mismo, *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, págs. 31 y ss; el mismo, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform* (ed. Por Madlener, Papenfuss y Schöne), Köln, 1974, págs. 309 y ss, esp. págs. 312 y ss; el mismo, «Función motivadora de la norma y marginalización», en *DP*, 1978, págs. 33 y ss; el mismo, «Introducción» al libro de Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981, págs. 13 y ss, esp. pág. 35; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Op. cit.*, 4.ª ed, 2000, págs. 68 y ss; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, págs. 219 y ss; el mismo, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pág. 26; el mismo, «Alcance y función del Derecho penal», en *ADPCP*, 1989, págs. 5 y ss, esp. pág. 49; «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, págs. 261 y ss; el mismo, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 68].

tativa: en lo injusto en grado de tentativa es claro que el dolo forma parte esencial del mismo (unido a la ejecución, sea esta completa o incompleta) y a la puesta en peligro del bien jurídico, y si esto es así, no tendría que dejar de serlo en lo injusto del delito consumado, puesto que la ubicación del dolo no puede hacerse depender de que «la bala de o no en el blanco». El dolo supondrá un enfrentamiento más abierto al Derecho que la imprudencia y también generalmente una conducta más peligrosa para el bien jurídico que la imprudencia³². El *concepto de injusto personal* no indica, en cualquier caso, que se trate de un injusto individual, sino que hace referencia a una acción voluntaria del autor³³. Es decir, *el contenido de la antijuridicidad es mixto, pero tiene un carácter de juicio objetivo-general*: valoración negativa y consiguiente prohibición de la conducta de modo general, frente a todos, con independencia de la capacidad y condiciones del sujeto individual³⁴.

B) El concepto subjetivo-monista (valoración crítica)

La *concepción subjetivo-monista de lo injusto penal*, rechazada en este trabajo, entiende que el desvalor de la acción, entendido como desvalor de la intención, es suficiente para la constitución de lo injusto, quedando el desvalor de resultado relegado a la categoría de condición objetiva de punibilidad^{35/36}.

³² Sobre todo ello, Cfr: LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *Op.cit.*, págs. 331-332.

³³ HIRSCH, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pág. 74.

³⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 332.

³⁵ Cfr, en este sentido: HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973, págs. 78 y ss; Armin KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Welzel*, Berlín-New York, 1974, págs. 393 y ss, págs. 403 y 411; LÜDERSSEN, «Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts», en *ZStW* (85), 1973, págs. 291 y ss; el mismo, «Erfolgszurechnung und «Kriminalisierung»», en LÜDERSSEN-SACK (Hrsg.) I, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 1980, págs. 14 y ss; ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. de Sancinetti, Buenos Aires, 1991, *passim*; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, págs. 66 y ss; SUÁREZ MONTES, «Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?», en *Festschrift für Welzel*, Berlín-New York, 1974, págs. 382 y ss.

HUERTA TOCILDO³⁷ resume las tesis de esta concepción subjetivo-monista en el pensamiento de uno de sus representantes paradigmáticos (ZIELINSKI), en los siguientes puntos: a) sólo el *desvalor de la acción* —entendido como

³⁶ En esta línea, bien que con importantes matizaciones, ha sostenido MIR PUIG que el resultado no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico, siendo en todo caso una prueba sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo causa [MIR PUIG, «Función de la pena...», en *El Derecho penal en el Estado social...*, *Op.cit.*, pág. 62]. Para MIR PUIG no cabe condicionar *el injusto* (la prohibición) a la producción del resultado sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatario, cumpliendo, sin embargo, la exigencia de producción de un resultado importantes funciones político-criminales como un elemento que condiciona o limita la punibilidad del hecho en base a razones de seguridad jurídica, de falta de necesidad de pena, etc [MIR PUIG, «La perspectiva *ex ante*...», en *El Derecho Penal en el Estado social...*, *Op.cit.*, pág. 102].

Es cierto que MIR PUIG, sin abandonar esta sistemática, ha tratado posteriormente de matizarla, mediante la distinción de los conceptos valoración y norma, antijuridicidad objetiva y antinormatividad: objetivamente antijurídico es un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, mientras que antijurídico —en el sentido de antinormativo— es lo imputable como infracción personal de la norma. Presupuesto de la antinormatividad es tanto la antijuridicidad objetiva del resultado a evitar como la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta; antinormatividad cuyo carácter penalmente típico está condicionado por los tipos penales a la exigencia de producción de una lesión o puesta en peligro [MIR PUIG, «Antijuridicidad objetiva...», en *El Derecho penal en el Estado social...*, *Op.cit.*, pág. 228]. Según esta concepción —explica el autor en el Prólogo a la 4.^a edición de su Tratado de Derecho Penal— toda infracción de una norma implica una desvaloración, pero no toda desvaloración implica una infracción de una norma, y por consiguiente, la desvaloración del resultado no implica que éste infrinja norma alguna. El autor hace valer este planteamiento —según el cual lo primero que hay que exigir en el delito es la presencia de un desvalor de resultado suficiente para que deba intervenir la valoración jurídico-penal— tanto para el delito consumado como para la tentativa (incluso la tentativa inidónea punible) [MIR PUIG, *Derecho Penal...*, *Op.cit.*, págs. 29 y ss.]. Este, cuando menos, «complejo» razonamiento, explicaría la paradójica consecuencia de que COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, defensores del carácter objetivo de la antijuridicidad a partir de una concepción valorativa de la norma penal, hayan señalado que el sistema propuesto por Mir Puig puede ser considerado como «objetivo», y que lo fundamental en sus sistema no es el desvalor de acción sino el desvalor de resultado. Llegan a esta conclusión con el argumento de que en el pensamiento de Mir Puig la antijuridicidad de la conducta se hace radicar finalmente no en la conducta misma sino en algo extrínseco como es el peligro representado por ella, peligro que no es sino la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso [COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, *Op.cit.*, págs. 275-276].

³⁷ HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, *Op.cit.*, págs. 30-31.

desvalor de la intención— constituye el injusto; b) el *desvalor de resultado* —entendido como desvalor del resultado realmente acaecido que demuestra, *ex post*, el poder de resultado de la acción— no tiene función alguna ni en la constitución del injusto ni en su aumento; el desvalor de resultado, entendido como capacidad de resultado de la acción tampoco tiene una función independiente del desvalor de acción, sino que ya ha sido tenido en cuenta para graduar el desvalor de acción, por lo que en realidad forma parte ya por esta vía del injusto.

En el *ámbito de la tentativa* la exclusividad del desvalor de acción en la fundamentación de lo injusto implica la *identidad del tipo de lo injusto del delito consumado y de la tentativa acabada e inacabada*. A esta conclusión llega BACIGALUPO con claridad señalando lo siguiente: «si lo injusto se agota en el disvalor de la acción y tal disvalor está dado por la infracción de la norma, un desarrollo consecuente de este punto de vista obliga a admitir que el disvalor de la acción se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido, pues es allí donde se pone de manifiesto toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico: entre tentativa (acabada o inacabada) y delito consumado no debería haber diferencia alguna en la punibilidad; tampoco entre ambas especies de tentativa debería admitirse este tipo de diferencia: todo lo ocurrido después del comienzo de la ejecución sería ya irrelevante para aumentar el contenido de la ilicitud del hecho, pues el dolo debe estar íntegro en el momento del comienzo de la ejecución y el progreso en la realización del plan del autor no debería agregar nada a su disvalor. La completa exclusión del disvalor de resultado eliminaría, en consecuencia, toda diferencia entre hechos tentados, frustrados y consumados»³⁸.

A mi juicio, no es posible concebir a la tentativa, como pretende la teoría subjetivo-monista, como «prototipo de lo injusto penalmente relevante»³⁹.

³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed, Madrid, 1994, pág. 168.

³⁹ Cfr, en igual sentido crítico, STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht», en *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1975, pág. 192; GALLAS, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pág. 159; HIRSCH, «Los conceptos “desvalor de acción” y “desvalor de resultado” o sobre el estado de cosas», trad. de Demetrio Crespo, en DíEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *Libro homenaje al prof. dr. don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, págs. 763 y ss. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*.

Hay que tener en cuenta, como advierte CEREZO, que «es evidente que las diversas concepciones según las cuales lo injusto de los delitos dolosos de acción queda ya constituido o se agota en el desvalor de acción no se ajustan al Código Penal español, pues en nuestro Código se establece para la tentativa una atenuación *obligatoria* —y no meramente facultativa como en el Código penal alemán— de la pena del delito consumado (art. 62)»⁴⁰.

Sin duda la atenuación obligatoria para la tentativa resulta una consecuencia necesaria de una concepción de lo injusto penal basada en un modelo constitucional del Derecho Penal identificable con el paradigma de la protección de bienes jurídicos, y que tenga en cuenta en la constitución de lo injusto el desvalor de resultado. Ello se debe a que desde este modelo de Derecho Penal, aquí defendido, el prototipo de lo injusto penal es el delito consumado, mientras que la tentativa es una excepción que conlleva un menor grado de legitimidad en la justificación de su punición, y por tanto, un menor grado de desvalor que el delito consumado por su menor afectación al bien jurídico⁴¹. Por el contrario, desde posiciones del monismo-normativo, basadas (si bien no siempre de forma «confesada») en el paradigma preventivo-general-positivo del quebrantamiento de la norma o protección del ordenamiento jurídico, se llega, como conclusión lógica, al resultado inverso, proponiéndose de *lege ferenda* la atenuación sólo facultativa (como sucede en el Código penal alemán, cuya regulación de cariz claramente subjetivo así lo justifica)⁴². Para los defensores de un modelo de Derecho Penal basado en el paradigma del quebrantamiento de la vigencia de la norma el fundamento de punición del delito consumado e intentado es el mismo puesto que la tentativa supone ya la lesión de la vigencia de la norma, por lo que lógicamente, las diferencias serán sólo de orden «cuantitativo» y justificarán por tanto una atenuación sólo facultativa⁴³.

La *teoría subjetivo-monista de lo injusto penal* no nos parece defendible bajo los presupuestos de que se parte en este trabajo: una concepción mixta o integradora sobre el contenido valorativo e imperativo de la norma penal

⁴⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed, Madrid, 1998, pág. 157.

⁴¹ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *Op.cit.*, pág. 338; POLITOFF LIFSHITZ, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado*, Santiago-Chile, 1999, págs. 20 y ss.

⁴² MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, *Op.cit.*, págs. 391-392.

⁴³ Cfr: JAKOBS, *Derecho Penal*, *Op.cit.*, 25/15, págs. 860-861, 25/21, págs. 863 y ss.

(que conduce a configurar lo injusto penal tanto a partir de la norma de determinación como de la norma de valoración que a ésta precede), y un Derecho penal interpretado materialmente de conformidad con los principios constitucionales, en el que singularmente el *principio de proporcionalidad* debe jugar un papel esencial en la configuración del injusto, de acuerdo con una metodología eminentemente teleológica. Y ello porque desde el punto de vista defendido por una teoría subjetivo-monista de lo injusto (basada estricta y exclusivamente en una concepción imperativa de la norma, en la que no se concede ninguna función en la constitución o graduación de lo injusto al desvalor de resultado, que adquiere relevancia exclusivamente como condición objetiva de punibilidad), en realidad cabe dudar si el bien jurídico sigue siendo la base del sistema, o si más bien el paradigma de protección del bien jurídico se ve sustituido por el paradigma de la propia protección del ordenamiento jurídico ⁴⁴.

Como defiende HIRSCH en su contribución al *Homenaje al Prof. Cerezo Mir*, con frecuencia se ha identificado injustamente esta tendencia subjetivista, que se olvida del principio del Derecho Penal del hecho, con el finalismo como corriente metodológica ⁴⁵. Este autor la había criticado ya hace tiempo lúcida y críticamente: «Se confirma, por todo lo anteriormente expuesto, que el resultado típico comprendido por el dolo pertenece a la acción, con ello al desvalor de acción y, por tanto, a lo injusto de la acción. Esto significa que la teoría de Kaufmann, que quiere atribuir al resultado sólo una función de condición objetiva de punibilidad, descuida la esencia de la acción, y que sus críticos

⁴⁴ Más allá va GARCÍA RIVAS, que entiende que con un concepto de injusto penal de este tipo en realidad se está negando al mismo tiempo que el Derecho Penal deba apoyarse en el concepto de bien jurídico como piedra angular de nuestra disciplina, señalando que «si la prohibición penal sólo se justifica en el Estado democrático para la preservación de los valores esenciales de la comunidad (de los que se deriva el catálogo de bienes jurídicos dignos de protección penal), el desvalor inherente a la conducta penalmente relevante debe acoger de algún modo el menoscabo de esos valores: la destrucción de la vida se observa desde el punto de vista valorativo como hecho más grave que la simple puesta en peligro de la misma y, por supuesto, que la mera finalidad de lesionarla, por mucho que la norma jurídica penal intente evitar justamente esa lesión motivando la conducta de los ciudadanos» (Cfr: GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo del Estado*, Cuenca, 1996, pág. 89).

⁴⁵ HIRSCH, «Los conceptos...», *Op.cit.*, pág. 768. Vid. además, HIRSCH, «Tatstrafrecht ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?», en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, págs. 253 y ss., esp. 255 y ss.

también desconocen este punto de partida decisivo para la crítica de esta postura»⁴⁶. Con razón aduce HIRSCH, desde este punto de partida, que la equiparación del que sólo cree haber hecho todo lo necesario con el que ha realizado efectivamente el dolo traslada lo injusto completamente a la parte subjetiva del hecho, tomando como base un concepto de lo injusto psicologizante, frente al que se alza la objeción de que *reduce el objeto de la desaprobación jurídica*⁴⁷.

Además, un concepto subjetivo-monista de lo injusto penal conduce a consecuencias indeseables en el ámbito del delito imprudente, y encuentra asimismo objeciones en otros ámbitos de la teoría del delito. En el ámbito del *delito imprudente*, este mismo argumento de exclusividad del desvalor de acción —entendido ahora como juicio de desaprobación por omitir el cuidado debido— conduciría a la punición de todas las conductas imprudentes, con independencia de que hayan tenido o no como consecuencia un resultado lesivo. Por esta razón esta concepción encuentra grandes dificultades en la *interpretación del delito imprudente*, pues no está en condiciones de aclarar por qué se exige que el resultado sea justamente consecuencia de la inobservancia del cuidado debido⁴⁸. Por otro lado, como advierte CEREZO (siguiendo a STRATENWERTH), «si lo injusto de los delitos dolosos de acción quedara ya constituido o se agotara en el desvalor de la acción, bastaría que a la tentativa acabada siguiera la producción del resultado, aunque éste no estuviera comprendido por el dolo (por ejemplo en los supuestos de *aberratio ictus* o error en el objeto) para aplicar la pena del delito consumado»⁴⁹. También HIRSCH, desde planteamientos estrictamente finalistas, señala: «Si el punto final de la acción se encontrase ya en la tentativa acabada no sería posible participación alguna en el estadio interme-

⁴⁶ HIRSCH, «La disputa sobre la teoría de la acción...», *Op.cit.*, pág. 132.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 124 y nota 102. El autor propone además una fundamentación de las críticas a la concepción subjetivo-monista a partir de la cuestión general de la relación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, señalando cómo, a su juicio, «la acción respectiva quedaría consumada no con la terminación del acto dirigido a la realización del resultado sino sólo con la realización, correspondiente a la voluntad, de lo querido» (pág. 127. vid, además, nota 113). Vid. además, HIRSCH, «El desarrollo de la dogmática penal después de welzel», trad. de M. Bacigalupo, en HIRSCH, *Obras completas*, Tomo I, Buenos Aires, 1999, págs. 13 y ss., esp. 24 y ss.

⁴⁸ CEREZO MIR, «El tipo de lo injusto en los delitos de acción culposos», *ADPCP*, 1983, págs. 503 y ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...*, *Op.cit.*, págs. 178 y ss

⁴⁹ CEREZO MIR, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 157.

dio existente hasta la producción del resultado, pues la participación se pone en relación con una acción (dolosa) todavía no concluida. También se producirían fricciones en formas de comisión más complicadas, como la autoría mediata. Si la acción del autor mediato terminase con el agotamiento de su actividad ello significaría que lo injusto de su acción se daría ya plenamente en el momento temporal en que se ha determinado al intermediario. Quien, con dolo de matar, ha hecho todo lo que es necesario según su plan para determinar al intermediario que actúa como instrumento habría realizado ya lo injusto completo de una acción de matar. Lo problemático de semejante consecuencia es tanto más claro cuando se señala que es totalmente controvertido si en los casos de intermediario doloso puede hablarse, en general, de la existencia de una tentativa del hombre de atrás, antes de que el intermediario se disponga a realizar el hecho»⁵⁰.

En definitiva, una posición de este tipo, aquí rechazada, deja al Derecho Penal —en palabras de MUÑOZ CONDE— «sin un punto de referencia que desde el punto de vista social y desde el de la propia víctima es realmente muy importante»⁵¹.

C) Concepto «objetivo-monista»

Una concepción exclusivamente valorativa de la norma penal conduce a situar al resultado como único fundamento de lo injusto penal. La función de determinación que pueda corresponder a la norma penal no se halla, en todo caso, en lo injusto, sino en la culpabilidad, coherentemente con una concepción causalista de la acción y del delito, que sitúa el dolo y la imprudencia en dicha sede⁵². En nuestra doctrina se manifiestan claramente en este sentido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN en su *Tratado de Derecho Penal*, señalando expresamente que en su obra se mantiene la *naturaleza objetiva de la antijuridicidad*, que conduce a la calificación como antijurídica de la conducta en aten-

⁵⁰ HIRSCH, «La disputa sobre la teoría de la acción...», *Op.cit*, pág. 131.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, «De lo vivo y lo muerto en la obra de Armin Kaufmann», en *ADPCP*, 1991, pág. 335

⁵² MEZGER, *Tratado de Derecho Penal I y II*, trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, págs. 327 y ss; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. AT*, 10.ª ed, Bielefeld, 1995, págs. ; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, *Op.cit*, págs. 271 y ss.

ción a la probable o efectiva producción de un resultado dañoso, frente a la concepción subjetiva que entiende la antijuridicidad básicamente desde el punto de vista de la expresión de voluntad contraria a la norma. Es este punto clave el que permite denominar esta concepción de lo injusto como «objetivo-monista», frente a la «subjetivo-monista» examinada anteriormente.

Conviene, sin embargo, hacer algunas matizaciones respecto a lo que ha de entenderse por carácter objetivo de la antijuridicidad, ya que también WELZEL ha hablado de la antijuridicidad como «juicio de valor objetivo». Veámoslo citando expresamente sus palabras: «La antijuridicidad es un juicio de valor «objetivo», en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico». Sin embargo, el propio WELZEL se encarga de deshacer el posible malentendido: «El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (objetivos) y anímico (subjetivos). Debido a la ambigüedad del concepto «objetivo» ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor «objetivo». En realidad, el empleo de la palabra «objetivo», en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos»⁵³.

Entiendo que la crítica de que es susceptible una concepción objetivo-monista es que, aún siendo encomiable la premisa político-criminal de la que parte —la limitación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos de modo que se garantice la protección de la libertad del ciudadano frente a posibles intentos por parte del Estado de ir más allá de lo estrictamente necesario para asegurar la convivencia— la concepción finalista no representa, sin embargo, una ampliación del Derecho Penal a costa de la libertad, sino justo lo contrario: una restricción de lo injusto objetivo a aquellas lesiones de bienes jurídicos que el autor pudo evitar⁵⁴. Pero además, en segundo lugar, resulta también evidente que la concepción objetiva de lo injusto, al tomar como prototipo el delito consumado, ya que lo injusto se basa esencial-

⁵³ WELZEL, *Derecho penal alemán*, *Op.cit*, pág. 61.

⁵⁴ En este sentido, *Vid*: CUELLO CONTRERAS, «Falsas antinomias...», *Op.cit*, págs. 796 y 797.

mente en la efectiva lesión del bien jurídico, encuentra dificultades que le obligan a modificar el punto de partida en la explicación de lo injusto de la tentativa ⁵⁵.

D) Concepto dualista (toma de postura)

Como ha quedado claro, entendemos que *no hay injusto penal sin desvalor de acción*, lo cual no puede hacer olvidar que *el desvalor de resultado también configura lo injusto penal*. Entendemos que, más allá de las consideraciones estrictamente sistemáticas, como señalara en su día QUINTERO OLIVARES, es claro que «el sentido de los tipos de injusto no permite prescindir ni del desvalor de acto ni del desvalor de resultado. Ni el voluntarismo puro ni el objetivismo a ultranza resuelven satisfactoriamente el problema penal. Es por eso que parece más correcto ensamblar el acto y el resultado como elementos mutuamente condicionados en la configuración de la acción injusta» ⁵⁶.

El resultado viene constituido, con carácter general, por la *lesión o puesta en peligro de un bien jurídico*, y puede aumentar o disminuir dependiendo de la entidad de esta lesión o puesta en peligro. Este resultado debe tener, además, en los llamados «delitos de resultado», una entidad material espacio-temporalmente separable de la acción, y debe poder ser objetivamente imputable a esta última. La entidad del desvalor de resultado influye, pues, en lo injusto penal configurando su gravedad, y opera igualmente en la individualización judicial de la pena a través del criterio de la mayor o menor gravedad del hecho mencionado en el art. 66.1 CP ⁵⁷. Debe señalarse, por otra parte, que «para la perfecta constitución del injusto penal es preciso que *desvalor de acción y desvalor de resultado* aparezcan tan estrechamente ligados que pueda asegurarse que el segundo es consecuencia del primero [lo

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 799.

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad (Aportación a la reforma del Código penal español)», en *ADPCP*, 1982, pág. 386.

⁵⁷ Sobre la difícil problemática de la delimitación del empleo conceptual y dogmático de los términos «injusto» y «culpabilidad» en la individualización judicial de la pena, Cfr: DEMETRIO CRESPO, *Prevención general ...*, *Op.cit.*, págs. 237 y ss (en particular, sobre el criterio de la gravedad del hecho en este ámbito, págs. 289 y ss).

cual] expresa en definitiva la necesidad de una correlación entre la creación de un riesgo generada por la acción (desvalor de acción) y la plasmación del mismo en la lesión o puesta en peligro del interés protegido (*desvalor de resultado*)»⁵⁸. Esta es la idea clave que fundamenta el mayor castigo del delito consumado frente a la tentativa acabada, y el de esta, a su vez, respecto a la tentativa inacabada: la medida de lo injusto, y al mismo tiempo, la característica fundamental que permite la distinción entre monismo (subjetivo u objetivo) y dualismo⁵⁹.

Entendemos, en definitiva, que el punto de vista correcto es el defendido por la *concepción dualista de lo injusto penal*⁶⁰. Ahora bien, como explica LAURENZO COPELLO, pueden distinguirse al menos dos vías distintas de llegar a un concepto de este tipo⁶¹. Una *primera vía* sería aquella que, sin poner en duda la naturaleza estrictamente imperativa de la norma penal, extrae el papel del desvalor de resultado de los fines de dichas normas, advirtiéndole que si el fin de las normas penales es la protección de bienes jurídicos, es consecuente que la perturbación de los mismos juegue un papel en la fundamentación de lo injusto. Desde esta perspectiva podría decirse, en palabras de CEREZO MIR, que «lo injusto consiste en la infracción de una norma de determinación, un mandato o una prohibición, pero los mandatos o prohibiciones están en función de unos juicios de valor que constituyen su presupuesto lógico y sin los cuales carecerían de sentido»⁶². Asimismo, *el principio de intervención mínima y el concepto mismo de antijuridicidad material* hacen que no pueda ni deba relegarse exclusivamente al ámbito de

⁵⁸ BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/ SERRANO-PIEDECASAS, *Lecciones...*, *Op.cit.*, págs. 147-148

⁵⁹ SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, *Op.cit.*, pág. 101.

⁶⁰ Cfr. entre otras, las siguientes referencias: BUSTOS RAMÍREZ, «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria, I*, Barcelona, 1983, págs. 91 y ss; CEREZO MIR, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 156; GALLAS, «Zur Struktur...», *Op.cit.*, pág. 165; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, *Op.cit.*, págs. 50 y ss; QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad ...», *Op.cit.*, págs. 377 y ss; ROXIN, *Derecho penal...*, *Op.cit.*, págs. 319 y ss; STRATENWERTH, «Zur Relevanz ...», *Op.cit.*, págs. 178-179; «Handlungs und Erfolgsunwert im Strafrecht», en *SchwZStr*, 79 (1963), pág. 237; TORÍO LÓPEZ, «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», en *Presupuestos para la reforma penal*, Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de la Laguna, 1992, págs. 169 y ss.

⁶¹ LAURENZO COPELLO, *El resultado...*, *Op.cit.*, págs. 51 y ss.

⁶² CEREZO MIR, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 156.

la punibilidad el papel del desvalor de resultado, entendido como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁶³.

Por una *segunda vía* podría llegarse a la misma conclusión, bien que fundamentando el papel del desvalor de resultado en lo injusto a través de un criterio básicamente normológico, que sin renunciar al carácter imperativo de la norma penal, le reconoce además una función de valoración que incide directamente en la configuración de lo ilícito. Ello es patente, por ejemplo, en el pensamiento de WOLTER para quien lo injusto no es en primer término injusto de la voluntad, sino injusto del hecho, de modo que la acción delictiva no se prohíbe (no es por tanto objeto de un enunciado jurídico de desvalor) por expresar una desobediencia al Derecho, sino sólo en función de la posibilidad real de lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico que se asocia a ella⁶⁴. En definitiva, quienes sustentan esta posición mantienen que para incluir el desvalor de resultado en lo injusto se precisa una vinculación normativa⁶⁵. LAURENZO COPELLO deriva de este planteamiento la conclusión de que «la norma de valoración de la que se extrae

⁶³ De forma clara lo expresan MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: «Ambos conceptos, desvalor de la acción y desvalor de resultado, son, por tanto, igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección y el valor que se concede a la vida; la prohibición de robar, una consecuencia de la protección y el valor que se concede a la propiedad, etc. En ambos ejemplos, el desvalor de la acción (matar, robar) se deriva ya del desvalor de resultado (destrucción de la vida, lesión de la propiedad). Lógicamente los mandatos «no matar», «no robar», etc., sólo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que lo fundamentan: vida, propiedad, etc. Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, sólo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos. El Derecho penal no protege por ejemplo la vida o la propiedad frente a una inundación o un terremoto. Por ello parece superflua la polémica sobre la prioridad entre el *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado* y, en consecuencia, entre norma de determinación y norma de valoración. No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen al mismo nivel a construir la antijuridicidad de un comportamiento (...). (Cfr: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Op.cit.*, págs. 347-348; véase en este mismo sentido ya anteriorente: MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed, Valencia, 1989, págs. 86-87).

⁶⁴ WOLTER, «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la «aberratio ictus»», trad. de SILVA SÁNCHEZ, en SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho Penal*, Madrid, 1991, págs. 110 y ss; «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (EDIT), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, págs. 65 y ss.

⁶⁵ En este sentido, Cfr: GALLAS, «Zur Struktur...», *Op.cit.*, pág. 161.

el desvalor de resultado tiene un contenido más amplio que la norma de determinación, pues abarca un aspecto del hecho que no está contenido en ésta: el efecto de la conducta del autor sobre la víctima y la sociedad.

Esta concepción se enfrenta a algunas *objeciones provenientes de los valedores de una teoría subjetivo-monista* en el sentido de que de la idea del fin último del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos a través de la prevención se deriva que esta sólo puede lograrse eficazmente mediante la prohibición de las conductas que *ex ante* se presentan como peligrosas para el bien jurídico, de lo que se deduce igualmente que sólo la conducta así concebida puede constituir el objeto de la prohibición, mientras que el resultado queda fuera de dicha prohibición porque se produce en un momento posterior a aquel en que la norma puede dirigir su imperativo al sujeto⁶⁶.

SILVA SÁNCHEZ ha afirmado, en este sentido, que el resultado no pertenece al ámbito de la antijuridicidad penal, alegando razones tanto estructurales —vinculadas al mecanismo de intervención de la norma primaria penal— como materiales —advirtiendo que la producción del resultado nada añade a la peligrosidad de la conducta— por lo que, en realidad, el juicio en virtud del cual se determina que una conducta es lo suficientemente grave como para que sea necesario y legítimo prohibirla bajo amenaza de pena en nada se ve afectado por el factor (dependiente del azar) de la producción o no producción del resultado. El autor citado argumenta que ello no implica restar importancia político-criminal al resultado pues este se mantiene como decisivo elemento para la aplicación de la norma secundaria condicionando la necesidad de pena y la propia punibilidad o medida de la misma⁶⁷. En definitiva, la crítica advierte que *la evitación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es el motivo o fin último de la prohibición, pero no el objeto de la prohibición, por lo que tampoco puede formar parte de lo injusto penal*.

Resulta evidente que el Derecho Penal no puede prohibir sin más la mera causación de resultados⁶⁸ —que considerados desde una perspectiva *ex post*

⁶⁶ En este sentido, siguiendo el pensamiento de MIR PUIG, Cfr: MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito...*, *Op.cit.*, págs. 66 y ss.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *Op.cit.*, págs. 388-389.

⁶⁸ Advierte CEREZO por ejemplo que «el Derecho puede prohibir únicamente la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de la lesión de un bien jurídico y/o que lleven consigo el peligro de dicha lesión, pero no puede prohibir la causación de un determinado resultado. El resultado real, es decir, la producción efectiva del resultado, no puede pertenecer, por ello, a la materia de la prohibición (o del mandato)» [Cfr: CEREZO MIR, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 96].

dependen de factores que pueden ser en ocasiones ajenos al sujeto activo—, pero ello no autoriza, a mi juicio, a excluir el desvalor de resultado de la antijuridicidad, tampoco desde la perspectiva de la norma de determinación, pues, como señala LUZÓN PEÑA, las normas pueden prohibir y prohíben la causación de «resultados evitables», sin que pueda alegarse en este sentido que el resultado depende del azar, pues no se responde de cualquier resultado causado sino sólo si hay imputación objetiva del mismo a la acción⁶⁹. En el mismo sentido afirma ALCÁCER GUIRAO que el «argumento del azar» viene a contradecir las mismas bases sobre las que se sostiene la teoría de la imputación objetiva, pues el fin último de esta es determinar los resultados que pueden ser atribuidos al sujeto actuante como su obra, o dicho de otra forma, los resultados que no son fruto del azar⁷⁰. Que la imputación objetiva del resultado a la acción no elimine cualquier posibilidad de la intervención del azar no es una cuestión relevante para el Derecho Penal porque lo cierto es que dicha imputación objetiva lo que sí declara es la inexistencia de azar a efectos del mismo. Desde este punto de vista es posible afirmar, por tanto, que el resultado sí forma parte del objeto de la prohibición, y por consiguiente, del objeto de la norma de prohibición⁷¹. Como dice ROXIN, «la frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables de aquéllas, pues no tiene sentido querer prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables»⁷².

Parto igualmente, por tanto, de una concepción imperativa de la norma penal y de la perspectiva *ex ante* que debe informar la configuración preventiva del Derecho Penal, pero esta concepción imperativa de la norma es compatible con el concepto de injusto aquí defendido⁷³. Tan cierto como que el Derecho Penal no prohíbe la mera causación de resultados, es que tampoco prohíbe conductas dolosas o imprudentes en cuanto tal, sino en referencia a

⁶⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *Op.cit.*, pág. 156.

⁷⁰ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *Op.cit.*, pág. 430.

⁷¹ ROXIN, *Derecho penal...*, *Op.cit.*, págs. 323 y ss.

⁷² *Ibidem*, pág. 324.

⁷³ Sobre la compatibilidad de la concepción imperativa de la norma y el concepto dualista de lo injusto penal Cfr: HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, *Op.cit.*, págs. 64 y ss.

los bienes jurídicos que quiere proteger. Por tanto, el «desvalor de resultado» configura la gravedad de lo injusto penal y, por ende, forma parte del mismo. Esto hace que no sea posible identificar en modo alguno lo injusto penal del delito consumado, con el de la de la tentativa acabada, ni éste último, a su vez, con el de la tentativa inacabada. Esta conclusión se obtiene naturalmente mediante la introducción de una *consideración valorativa en el razonamiento puramente estructural del imperativismo y pertenece a una sistemática teleológica de raíz constitucional explicable a través del principio de proporcionalidad*. Pero, al mismo tiempo, es claro que esta consideración valorativa tiene lugar en aras a una intervención más garantista y restringida basada en la *idea de la intervención mínima*. Dicho de otro modo, no cualquier conducta dolosa o imprudente dirigida a vulnerar un bien jurídico puede ser objeto de la prohibición: sólo aquella que demuestra poseer suficiente capacidad lesiva.

Podría argumentarse que a acciones igualmente peligrosas desde una perspectiva *ex ante* debería corresponder una misma gravedad —eliminando por esta vía la diferencia entre los injustos del delito consumado e intentado—, pero entonces no estaría justificado afirmar que la mayor pena del delito consumado responde a una mayor necesidad de pena, porque, aún admitiendo que la influencia del azar en la producción del resultado delictivo fuera indudable, ésta no se elimina cuando se hace depender la necesidad de pena de la producción del resultado⁷⁴. Aquí se observa la contradicción en la que incurren aquellos que, por un lado afirman que el resultado depende del azar y, por otro, que la causación del mismo es la prueba de que la conducta era objetivamente peligrosa *ex ante*, porque, o el resultado depende de verdad del azar, y entonces no es objetivamente previsible *ex ante*, o es previsible, y entonces no depende del azar⁷⁵. Cabe concluir por tanto que la mayor pena en el delito consumado se corresponde con una mayor *gravedad de su injusto*, puesto que es justamente la gravedad de lo injusto, y no otra cosa, la que justifica y equilibra el sistema de determinación legal de la pena, dando lugar a una mayor necesidad de pena debido a la misión preventivo-general protectora de bienes jurídicos que el Derecho Penal pretende desarrollar.

⁷⁴ Cfr, en este sentido, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, trad. de la 7.ª ed. Alemana de Bofia Genzch y Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, pág. 273, marg. 4.

⁷⁵ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *Op.cit*, pág. 432.

La crítica a la que antes hemos aludido se concretaría más bien en la idea de que el sujeto no podría saber si la conducta realizada estaba prohibida o permitida hasta después de conocer la totalidad de las circunstancias, lo cual introduciría una notable inseguridad jurídica en el sistema penal («argumento normológico»). Sin embargo, creo que no es esta una conclusión necesaria, porque es preciso diferenciar entre el problema temporal relativo al primer momento de incidencia del mensaje prescriptivo, y el referente a la plena configuración de lo injusto. Es claro, por ejemplo, que la producción de la muerte constituye un elemento del tipo de lo injusto del delito doloso consumado de homicidio, lo cual no excluye que, una vez conocidas las circunstancias del suceso concreto quepa excluir el correspondiente juicio de atribución de la unidad de imputación constituida por la acción y el resultado. Es decir, la norma de determinación admite una «vulneración gradual», de modo que, «sólo quien produce un resultado con dominio de las diferentes fases en que se desenvuelve la acción hasta llegar al mismo habría incumplido totalmente lo prohibido»⁷⁶. Esto no introduce inseguridad jurídica, sino coherencia al sistema: un sistema garantista que exige, en todo caso, una efectiva capacidad lesiva de la conducta para considerar justificada su intervención. Desde la posición aquí defendida no hay razones sólidas por las que haya que excluir el resultado en la fundamentación de lo injusto, esperando a la punibilidad para restringir el ámbito de lo prohibido, cuándo esa delimitación puede y debe hacerse ya previamente en el ámbito de lo injusto.

En primera instancia, y a diferencia de lo que sucede con el concepto subjetivo-monista de lo injusto penal, el punto de partida de un concepto dualista conduce a considerar necesariamente más grave el tipo de lo injusto del delito consumado que el del delito intentado, por lo que resulta plausible una atenuación obligatoria para la tentativa como la prevista en nuestro Código Penal. Tanto es así que, en rigor, si el concepto de lo injusto se basara exclusivamente en el desvalor de acción no habría que diferenciar entre tentativa y consumación⁷⁷. Por ello, quisiera dejar claro desde ya que parto del postulado de que tentativa y consumación no son categorías dogmáticas respecto de las cuales deba postularse un distinto funda-

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 433.

⁷⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, *Op.cit*, pág. 474.

mento de punición porque, como dicen MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, «tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el desvalor del resultado de aquélla es siempre mayor que el de ésta»⁷⁸. Comparto también totalmente, como consecuencia de este punto de partida, la opinión de que el fundamento de punición de todos los actos de ejecución del delito tiene que ser necesariamente unitario, y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el Derecho Penal: la protección de bienes jurídicos⁷⁹. En este sentido es claro que el prototipo de lo injusto penal, delito primario y punto de referencia de la intervención del Derecho Penal, es el delito consumado, puesto que no existe una tentativa en cuanto tal, sino una tentativa de consumir algo (una tentativa de homicidio, una tentativa de robo, etc)⁸⁰.

Sin embargo, la concreta modulación dogmática en el ámbito de la tentativa de las exigencias del desvalor de resultado es una cuestión harto compleja, respecto a la que cabe una profunda discusión. Por un lado, un desarrollo llevado hasta sus últimas consecuencias conduce a sostener que todo injusto penal⁸¹ debe contener siempre un desvalor de acción y un desvalor de resultado para estar perfectamente constituido, incluido lo injusto de la tentativa (al menos de cualquier tentativa punible), y el de los delitos de peligro abstracto^{82/83}, porque, ciertamente, como ha advertido QUINTERO

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 475.

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ Cuya gravedad es base para el sistema de determinación legal de la pena (dentro del cual hallamos —no lo olvidemos— una atenuación obligatoria de la pena para el caso de la tentativa, que a su vez dependerá en su cuantía del grado de ejecución alcanzado y el peligro inherente al intento —lo cual significa a nuestro entender que debe concurrir al menos «algún» peligro—. Sobre los criterios utilizados por el art. 62 CP, cfr.: DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas de delito*, Valencia, 2001, págs. 75 y ss.

⁸² Vid, por todos: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, *passim*.

⁸³ Con razón señala CEREZO MIR que la exigencia de un *resultado* de peligro, de un peligro concreto de un bien jurídico, para la realización del tipo de los delitos de peligro abstracto sería contraria a la ley, pues produciría una nivelación de los delitos de peligro concreto (p.e art. 381) y de peligro abstracto (art. 379); deduciendo que únicamente podría exigirse la peligrosidad de la acción: es decir, que en el momento de su realización aparezca como no absolutamente improbable la producción de la lesión del bien jurídico [CEREZO MIR, *Curso...*, *Op.cit*, pág.

115]. En este sentido algunos autores han propuesto su caracterización como delitos de peligro implícito [ESCRIVÁ GRÉGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, págs. 72 y ss, 115 y ss] o, cuando ello sea posible, como delitos de peligro hipotético [TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», en *ADPCP*, 1981, págs. 831 y ss]. GARCÍA RIVAS, por el contrario, llega a la conclusión de que los delitos de peligro abstracto pueden considerarse, en realidad, como «delitos de lesión contra bienes jurídicos supraindividuales con relevancia constitucional» [GARCÍA RIVAS, *El delito ecológico...*, *Op.cit.*, pág. 118].

Por su parte HIRSCH ha propuesto diferenciar, acertadamente a mi juicio, entre *delitos de peligro* y *delitos de peligrosidad o de riesgo*. De acuerdo con una previa delimitación conceptual de los vocablos «peligro» (*Gefahr*), y «peligrosidad» (*Gefährlichkeit*), según la cual, el «peligro» significa algo transativo (es decir, la creación de una situación de peligro para un bien objeto), sólo serían auténticos delitos de peligro los delitos de peligro concreto. Frente a estos últimos, estarían los delitos de peligrosidad o de riesgo caracterizados exclusivamente por la peligrosidad de la conducta (dentro de los cuales cobraría sentido la distinción entre peligrosidad abstracta y peligrosidad concreta). Los genéricamente llamados «delitos de peligro abstracto» no son, en realidad, delitos de peligro, y deberían denominarse más exactamente «delitos de peligrosidad abstracta o general» [Cfr: HIRSCH, «Peligro y peligrosidad», trad. Solá Reche, en HIRSCH, *Obras Completas, Tomo I*, Buenos Aires, 1999 pág. 73].

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS distingue entre delitos de peligro abstracto orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables, frente a aquellos otros en los que se protegen «intereses difusos», intereses supraindividuales o bienes jurídicos colectivos no reconducibles a bienes individuales: los primeros poseerían una estructura paralela a la de los delitos de peligro concreto (lo que permite reconducirlos a su vez a la estructura de la tentativa imprudente) e incriminan conductas potencialmente lesivas de la vida o la salud de las personas u otro bien individual mediante la descripción típica de una conducta generalmente peligrosa o mediante los llamados delitos de aptitud; los segundos, serían «delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado» y tratarían de proteger bienes jurídicos supraindividuales, respecto de los cuales es difícil imaginar una concreta lesión o puesta en peligro, puesto que su menoscabo se produce no tanto por cada acto individual sino por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Como explica detalladamente RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, aquí ya no se trata, por tanto, de anticipar la tutela de bienes esenciales, sino de proteger otros bienes cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica, justificada únicamente en la medida en que dicho bien jurídico tenga la suficiente entidad como para merecer tutela penal. Lo que sucede en estos casos es, en definitiva, que la lesión del bien jurídico en sentido naturalístico no podrá imputarse a un determinado comportamiento porque los factores causales que han conducido a dicha lesión son variados, y en ocasiones, incluso desconocidos (Cfr: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pág. 299 y ss.).

En cualquier caso, parece claro que, más allá de las clasificaciones dogmáticas, la legitimidad del castigo a través de la que parece la única técnica posible de tipificar comportamientos que conducen, en ocasiones, a través de una complicada cadena causal, a la «lesión» del bien jurídico, depende —como ha advertido ARROYO ZAPATERO— en primer término, de la admisibilidad de la tutela del bien jurídico, así como de otros principios garantistas [Cfr: ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», en *RP*, 1, 1998 pág. 8].

OLIVARES, «el principio de homogeneidad y proporción no admite excepciones»^{84/85}. Con todo, el problema seguiría siendo cómo considerar constituido dicho desvalor de resultado en la tentativa: ¿necesariamente con la exigencia de un concreto peligro para el bien jurídico?, y en ese caso, ¿caracterizado de modo absolutamente objetivo (ontológico) o con criterios normativos? Evidentemente una argumentación de este tipo pretende conseguir una fundamentación objetiva de lo injusto de la tentativa, basada en la idea de la afectación al bien jurídico y no en la mera desobediencia a la norma. Sin embargo, como veremos en el próximo punto, la discusión científica en este

También MENDOZA BUERGO, en su espléndida obra sobre la materia, señala que en la búsqueda de una protección de bienes jurídicos lo más eficaz posible debe tratarse también de no abusar de medios que pueden suponer la conculcación del sistema de garantías político-criminales y de las bases teóricas del sistema penal al otorgar primacía a una justificación utilitaria de maximización de la seguridad [MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, *Op.cit*, págs. 346 y ss]. Esta autora advierte, con razón, «que resulta forzado y equívoco desde el plano dogmático, así como finalmente desde el plano de la legitimidad, el intento de redefinir como delitos de lesión determinados tipos, en principio interpretables como delitos de peligro abstracto, con el objeto de prevenirse frente a los mayores reparos que éstos suscitan» [MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, *Op.cit*, pág. 17], alcanzando la razonable conclusión de que «el injusto de los delitos de peligro abstracto debe considerarse constituido por un *desvalor de peligrosidad objetiva*» (injusto de peligrosidad), que en la mayoría de los casos forma parte del propio desvalor de la conducta al no suponer estos delitos la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico [MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, *Op.cit*, pág. 404].

La creciente tendencia a la «espiritualización» y «desmaterialización» del concepto de bien jurídico (vid., por todos, KRÜGER, M., *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff*, Berlin, 2000) ha conducido al adelantamiento de las barreras de la intervención penal, acudiendo para ello a los delitos de peligro abstracto. En mi opinión, como ha advertido HIRSCH («Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», trad. de D. Pastor, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2000, págs. 371 y ss.) es fundamental que estos delitos no sean redefinidos como delitos de lesión si se quiere lograr una correcta delimitación entre el Derecho Penal y el contravencional o el administrativo (atendiendo, por el contrario, de modo decisivo, a los presupuestos de legitimación de la pena como criterios de delimitación de la intervención penal).

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad ...», *Op.cit*, pág. 388.

⁸⁵ Desde este punto de vista, no sería correcto para una posición dualista consecuente admitir la posibilidad argumentativa en el caso de la tentativa de que se pena menos gravemente precisamente porque no concurre el desvalor de resultado. Cfr, mencionando esta posibilidad, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, *Op.cit*, págs. 51 y ss.

punto dista mucho de ser pacífica, y depende decisivamente del modo en que se formula el juicio de peligro.

Esta concepción debe diferenciarse de aquélla que sostiene que si bien lo injusto queda constituido por el desvalor de acción, cuando junto al mismo aparece un desvalor de resultado, al mismo debe atribuírsele un valor capaz de aumentar lo injusto previo. Quienes mantienen esta *posición «intermedia» entre la concepción subjetivo-monista y la dualista en sentido estricto* sostienen, por tanto, que el desvalor de acción no es sólo un elemento necesario sino además suficiente para la constitución de lo injusto, mientras que el desvalor de resultado, que no siempre tiene lugar, no tiene carácter constitutivo, sino sólo «contributivo», pues la aparición del mismo contribuye a elevar lo injusto. Esta será la razón esgrimida igualmente para justificar que se castigue más levemente el delito intentado que el delito consumado, así como la distinción entre tentativa idónea e inidónea⁸⁶. En esta línea argumentativa se mueve JAKOBS quien señala, por una parte, que si se reservara el concepto de injusto para un suceso objetivo, como p.e la lesión de un bien jurídico, entonces consecuentemente en la tentativa no habría tal injusto de tentativa, sino la tentativa de realizar un injusto. Lo mismo sucede, señala, si de lo que se trata es de evitar — como fin de la norma— la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos: en este caso, señala, «cuando no se produce el resultado, o sea, en la tentativa, no hay nada que evitar, y el injusto de la tentativa no es, a su vez, algo real sino sólo injusto imaginado»⁸⁷. Pero, por otro lado, advierte claramente que «hasta ahora no se ha razonado por qué esta circunstancia [la producción del resultado] va a ser precisamente irrelevante para el injusto, *teniendo en cuenta que el injusto presenta un aspecto externo*»⁸⁸. El autor concluye afirmando que nada obliga a formular los conceptos de acción e injusto desvinculándolos del resultado puesto que son determinantes como base de la pena; pero, por otra parte, dada la punibilidad de la tentativa, tampoco sirven los conceptos en los que el resultado contribuye de modo imprescindible a su formación. En su opinión, como conclusión, «el resultado complementa la acción de tentativa, convirtiéndola en acción de consumación así como convirtiendo el injusto de tentati-

⁸⁶ SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, *Op.cit*, pág. 95, págs. 108 y ss.

⁸⁷ JAKOBS, *Derecho Penal*, *Op.cit*, pág. 202.

⁸⁸ *Ibídem*, pág. 203.

va en injusto de consumación»⁸⁹. Esta concepción parte de la crítica a la «teoría de la impresión» como argumento del que se ha valido la concepción dualista para sostener el papel cofundamentador del injusto del desvalor de resultado⁹⁰ aún en los casos de tentativa inidónea, en los que dicho desvalor de resultado es difícilmente identificable⁹¹.

I.3. AUTORÍA MEDIATA Y *ACTIO LIBERA IN CAUSA* COMO SUPUESTOS DE DISCUSIÓN ESPECÍFICA

Como ya se dijo, la presente investigación pretende abordar el problema del comienzo de la tentativa —considerado por la doctrina como una de las cuestiones fundamentales de la dogmática de la tentativa, a la vez que se presenta como uno de los puntos más complejos de la teoría del delito⁹²— sin desvincularlo de la cuestión fundamental de su fundamento de punición. Es preciso no perder de vista que no se trata de cuestiones independientes, puesto que sólo puede considerarse fundamentada la punición de aquella tentativa que constituye injusto, y para que éste exista tiene en todo caso que haber comenzado⁹³.

La dificultad de esta materia se pone manifiesto, en primer lugar, porque, el estudio de la tentativa conduce ya, sin duda, a preguntas fundamentales y nucleares de la teoría del delito, sobre las que se ha discutido durante siglos, y que giran en torno al propio concepto de lo injusto penal. Juegan aquí un papel fundamental la concepción de la norma penal y la antijuridici-

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 204.

⁹⁰ Cfr. WEIGEND, «Die Entwicklung...», *Op.cit.*, págs. 114 y ss.

⁹¹ La teoría de la impresión parte de una fundamentación subjetiva de lo injusto y de la tentativa con la finalidad de restringir los casos de tentativa punible (pues limita el merecimiento de pena a aquellos casos que comportan conmoción de la colectividad, pero, desde el punto de vista adoptado por una fundamentación objetiva de lo injusto, sin embargo, adquiere un *rol* distinto: constituye el elemento extrínseco determinante de la punibilidad de la tentativa inidónea [Cfr. SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, *Op.cit.*, págs. 103 y ss].

⁹² Cfr. BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», en *JZ*, 1954, pág. 468.

⁹³ Cfr. KRÜGER, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft*, Frankfurt am Main, 1994, pág. 25.

dad material, donde aún hoy reina cierta confusión con relación a las acepciones y alcance del desvalor de acción y del desvalor de resultado. Pero, además, la dificultad del concreto aspecto del comienzo de la tentativa se muestra en que hasta hoy la doctrina científica no ha logrado, pese a los reiterados intentos, conseguir una fórmula o teoría general satisfactoria que resuelva los problemas que se presentan en este ámbito.

Probablemente ello se debe a las dificultades de orden estructural vinculadas a este problema: por una parte, la naturaleza fáctica de la delimitación pretendida consistente en la discriminación de un segmento temporal respecto a otro inmediatamente anterior; por otra, las notables diferencias estructurales existentes entre las diversas formas de realización delictiva⁹⁴. Es evidente, sin embargo, la trascendencia que encierra el problema de la delimitación entre actos preparatorios y fase ejecutiva, pues dibuja justamente, con carácter general, la frontera entre la impunidad y lo penalmente relevante. La dificultad del tema, no debe conducir a renunciar a su análisis desde los parámetros de la Parte General remitiéndolo al ámbito de la Parte Especial, pues, como veremos, son necesarios criterios generales a partir de los cuales, en un segundo estadio, resulte posible abordar la interpretación de la descripción típica de cada figura delictiva en particular.

Esto último no es óbice, sin embargo, para reconocer que es preciso adoptar en este ámbito una metodología que analice las peculiaridades que presentan los distintos grupos de casos. Esta modesta contribución a la discusión ha perseguido el análisis particularizado de dos grupos de casos que, en mi opinión, pueden explicarse paralelamente (la *actio libera in causa* y la autoría mediata), y que son, a su vez, estructuralmente distintos a los contemplados directamente en la regulación del artículo 16 CP (fórmula aplicable, en primera instancia, como veremos, para los casos de tentativa inacabada activa de autor individual). Creo, no obstante, que la discusión en estos ámbitos, corre el riesgo de «diluirse» en sus respectivos modelos de solución, por lo que habrá que hacer el esfuerzo de vincularlos a las consideraciones generales que hagamos acerca del fundamento de punición y comienzo de la tentativa en nuestro ordenamiento jurídico. Aquello que justifica la punición y considera comenzado lo injusto de una tentativa en un supuesto de autoría

⁹⁴ Cfr, en este sentido, recientemente: ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*. Madrid, 2001, pág. 12.

mediata, o en un supuesto de *actio libera in causa*, no puede ser distinto de aquello que lo hace con carácter general. Este puede ser un buen punto de partida para entender, por ejemplo, la incorrección (aquí defendida) del llamado «modelo de la excepción» para la explicar los casos comprendidos bajo la figura jurídica de la *actio libera in causa*.