

Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

A Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

SUMARIO: Siglas y abreviaturas utilizadas.—I. Introducción.—II. Fundamento de la punición en la tentativa. 1. Algunas consideraciones previas. 2. Teoría objetiva de la peligrosidad. *Excursus:* la teoría de la falta de tipo. 3. Teoría del dolo (subjetiva). A) Teoría de las condiciones subjetivas del ilícito. *Excursus:* la teoría de la culpabilidad sin ilícito. B) Teoría de la acción final. 4. Teorías mixtas. *Excursus:* la teoría de la impresión. 5. Teoría normativo-funcional de la tentativa. 6. Las posiciones doctrinales seguidas en España.—III. Contenido de la antijuricidad en la tentativa. 1. Consideraciones previas. 2. Concepto del injusto: toma de postura. 3. La peligrosidad de la acción. 4. El peligro como resultado. 5. La falta del elemento subjetivo en una causa de justificación y su posible tratamiento por vía de la tentativa.—IV. La aparición del peligro en el resultado. 1. Planteamiento del problema. 2. La vigencia del principio del hecho. 3. Naturaleza cognoscitiva del juicio de peligrosidad y del juicio de peligro. 4. Concepto normativo del peligro.—V. La llamada tentativa inidónea. 1. Consideraciones generales. 2. La discusión doctrinal en España. A) La tentativa inidónea como tentativa *ex ante* no peligrosa. B) La peligrosidad *ex ante* del intento inidóneo. 3. La tentativa inidónea no es punible. 4. Capacidad resolutive de la propuesta.—Bibliografía.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADPCP = Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
ARSP = Archiv für Rechts und Sozialphilosophie.
Art. = Artículo.
AP = Actualidad Penal.
AT = Allgemeiner Teil
BGH = Bundesgerichtshof.

BT	=	Besonderer Teil
Const.	=	Constitución.
Cc	=	Código Civil.
CP	=	Código Penal.
CPC	=	Cuadernos de Política criminal.
CPTR	=	Código Penal texto refundido.
DP	=	Doctrina Penal Argentina.
FS	=	Festschrift, Festgabe.
GA	=	Goldammer's Archiv für Strafrecht.
JurA	=	Juristische Analysen.
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung.
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LK	=	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar.
LOPJ	=	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPRS	=	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
NPP	=	Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires.
PE	=	Parte especial
PG	=	Parte general.
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen.
RJC	=	Revista Jurídica Catalana.
SAP	=	Sentencia de Audiencia Provincial.
STC	=	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StGB	=	Strafgesetzbuch.
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo.
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. INTRODUCCIÓN

¿Bien jurídico o infracción del deber?

1. La discusión dogmática en torno a cualquier categoría del delito exige el esclarecimiento previo de la postura adoptada en relación al tema de la legitimación material del Derecho penal o, si se quiere, de la significación del hecho punible. Este requerimiento adquiere especial importancia en el estudio de la tentativa, pues, de la misión asignada al Derecho penal se van enlazando sistemáticamente cuestiones tales como: el fundamento de su punición, los contenidos materiales y formales de la antijuridicidad y por fin la naturaleza de los criterios seguidos en orden a fijar los límites típicos en los que despliega su actuación.

En la actualidad, la noción de injusto admite ser deducida de dos posibles contenidos teleológicos atribuidos al Derecho penal. *La Teoría de la lesión del bien jurídico* entiende que la misión última del Derecho penal se desarrolla a través de la tutela de determinados pre-

supuestos imprescindibles para el funcionamiento social. En cambio, para la *Teoría del quebrantamiento de la norma* se sostiene que la máxima contribución que el Derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma.

De esta forma, la significación del hecho punible, desde el inicio, adquiere contenidos distintos para una y otra orientación. En efecto, para la primera, la punición se justifica por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; mientras que para la segunda, se conforma en base a la infracción del deber. Argumentos que son formulados en relación con la tentativa de la manera siguiente: *a)* el intento requiere de la aparición de un peligro próximo de la producción del resultado, o *b)* requiere de una voluntad de delinquir exteriormente manifestada. De ahí que la exigencia del peligro permita diferenciar material y formalmente la consumación de la tentativa, mientras que el simple requerimiento del dolo vea en la tentativa un quebrantamiento absolutamente perfecto de la norma, lo cual implica la identidad material entre una y otra forma de aparición del delito.

Lo objetivo versus lo subjetivo

2. En su origen, *la teoría objetiva* responde a los dictados del causalismo, al adoptar una noción ontológica del peligro.

Sin perjuicio del momento en que se efectúe su valoración, la alta probabilidad de producción del resultado fundamenta, por sí sola, el castigo de la tentativa. A tal conclusión se arriba manejando un concepto causal de la acción y caracterizando la norma, como norma de valoración; de esta suerte, injusto será la lesión o puesta en peligro objetiva de una norma de valoración. Así pues, el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el desvalor del resultado.

Respecto a la perspectiva desde la cual debe ser emitido el juicio de valor –juicio de naturaleza cognoscitiva, no normativa– se realiza *ex post*, de modo que permitía distinguir entre tentativa relativa y absolutamente inidónea. Más adelante, con Von Hippel, se reformula la teoría permitiéndose una valoración *ex ante* sobre la potencialidad lesiva del intento. Peligrosidad establecida objetivamente por vía del observador imparcial situado en el momento anterior del hecho y en conocimiento de las circunstancias entonces cognoscibles por el autor.

Sin duda, la adopción de este método heurístico-hipotético amplió el espectro de tentativas «inidóneas» susceptibles de castigo, hasta entonces impunes. No obstante, la ausencia de criterios normativos, de imputación objetiva, en la atribución del resultado, dejaba librada

la decisión valorativa a meras consideraciones ontológicas, de suerte que el Derecho penal se construye sobre fundamentos propios de la responsabilidad objetiva.

3. *La teoría de la falta de tipo* supone una teoría de transición hacia posiciones subjetivas. En efecto, sin el abandono de su base naturalística se admite como elemento cofundante del tipo de la tentativa la representación (errónea) del autor. También debe ser así considerada la *teoría de las condiciones subjetivas del ilícito*. El descubrimiento por parte del neokantismo de los elementos subjetivos del tipo, permite a Mezger afirmar que el legislador está capacitado para prohibir directamente resultados, o bien, con carácter excepcional, acciones dirigidas a la producción de esos resultados. De esta manera, se concibe la tentativa y la consumación como dos delitos diferentes. Así, en la tentativa, el dolo conforma el desvalor de la acción, que se convierte en característica objetiva, en desvalor de resultado, tan pronto como se alcanza la consumación. De manera harto expresiva señalaba Welzel: ¿Cómo puede depender de que el disparo acierte o no en el blanco, de que el dolo constituya un elemento del injusto o de la culpabilidad? (1). Ciertamente, no parece muy sistemática una fórmula que renuncia a un concepto del injusto y de la culpabilidad estructurados de manera uniforme.

4. Resulta mucho más coherente la fundamentación subjetiva del ilícito de la tentativa por vía de la *Teoría de la acción final*. Como es sabido, Welzel aceptó la inclusión del desvalor de acción en el ilícito, al concebir la acción no como un mero suceso causal, sino como un acontecer dirigido y dominado por la voluntad final. Con ello se unifica el fundamento punible del delito intentado y consumado.

Su punto de partida lo constituye el entendimiento de la norma como una orden encaminada a motivar al sujeto en la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico. De aquí se deriva que el sistema de normas se base en un sistema de juicios de valor. El juicio de valor primario –*norma de valoración*– declara como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir; mientras que el juicio de valor secundario –*norma de determinación*– tiene como exclusivo fin: prohibir el acto que no debe ser o mandar el acto que debe ser. Por eso, el acto recibe su desvalor exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor. En otros términos, el dolo del hecho determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad. Pero, si la norma ordena determinadas acciones finales, entonces no puede motivar a su

(1) WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 62.

cumplimiento bajo particulares circunstancias objetivas regidas por el azar o desconocidas por el destinatario de la norma.

La consecuencia inmediata que se deriva de estas tesis es la siguiente: la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo del hecho, es la única categoría dogmática que dota de significado al ilícito (intentado y consumado). Si queremos evitar el escorarnos hacia un Derecho penal de intenciones (*Gesinnungsstrafrecht*) no conviene confundir los medios con los fines (2). La estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad es tan sólo un medio para lograr el fin de la protección de los bienes jurídicos.

El plan del autor

5. Naturalmente, la valoración de ese «acto final contrario al deber» (3) comprende la representación que el autor haya tenido del hecho, debiéndose efectuar ese juicio *ex ante*.

En este punto del discurso, toman especial relieve los criterios que deban seguirse en orden a apreciar las consecuencias típicas de tal representación. Importancia, además, reforzada por la regulación de la tentativa hecha en el § 22 del StGB alemán, que hace depender su aparición de quien «actuando de conformidad con su representación del hecho, da comienzo a la realización del tipo».

El problema histórico que ha dividido a la antigua y a la nueva Escuela de Bonn ha sido precisamente la interpretación de este requisito. Mientras que para Kaufmann y Zielinski la base para la calificación jurídica de la acción debe estar referida sólo a la representación *personal* que el autor tenga de ella; para Jakobs, esa representación debe ser, además, *socialmente inteligible*. Por eso, para la primera posición, radicalmente subjetiva, toda tentativa es idónea, pues, incluso, si la superstición guía al intento, como dice Kaufmann, «el Derecho debe seguirle» (4). No así para la segunda, que exige de la conducta externa una cierta capacidad de «*perturbación*»; y, por lo tanto, de su constancia, es posible diferenciar la tentativa absolutamente inidónea –impune– del resto ya punibles.

El contenido de esa perturbación, según Jakobs, viene dado en razón de que el autor comienza a arrogarse de acuerdo con su comportamiento externo un ámbito de organización ajeno o del abandono del propio. Es decir, la responsabilidad penal descansa sobre la idea

(2) ROXIN, «AT», XII §2, 34.

(3) KAUFMANN, «*Normentheorie*», p. 121

(4) KAUFMANN, «*Zum Stande*», p. 393.

del *rol* que se atribuye al autor. En definitiva, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante.

El error metodológico descansa en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la Ley para la autoría (5). Cuestión que atañe, en última instancia, a las problemáticas relaciones entre ser y deber ser. En este contexto, parecería que el *monismo normativo* parte de una antítesis entre realidad y valor, de suerte que no tiene ya cabida preguntarse por las estructuras objetivas que subyacen a todo juicio de imputación. Este tipo de razonamiento, fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la Ley a puros predicados de valor, conduce, inevitablemente, a una argumentación tautológica de dudoso valor pragmático.

La discusión en España

6. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la generalidad de la doctrina española se ha venido orientando por una orientación objetivada de la tentativa. Orientación que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador. Incluso, el nuevo Código Penal acentúa aún más esta vertiente al exigir en el artículo 16.1 que el sujeto practique «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»; al hacer depender en el artículo 62 la atenuación del «peligro inherente al intento», y al suprimir la regla incriminadora de la tentativa inidónea comprendida en el artículo 52 del anterior Código. No obstante, la fuerte influencia que sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán hace que las posiciones se sitúen en un plano ecléctico, que procura combinar aspectos objetivos y subjetivos. La polémica sobre la tentativa no aparece directamente relacionada con la naturaleza del injusto, como sucede en Alemania, debido a que, hasta ahora, la doctrina española asume el bien jurídico como la piedra angular que sostiene todo el discurso dogmático. Sin embargo, la discusión surge con fuerza respecto al fundamento de la punición de la tentativa inidónea.

La tentativa como una forma de punibilidad adelantada

7. Entendemos que el desvalor de acción no es un juicio autónomo, sino en referencia al desvalor de resultado. Ambos juicios,

(5) SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, p. 15.

como afirma Muñoz Conde, contribuyen en el mismo nivel a conformar la antijuridicidad de un comportamiento (6). Asimismo, la producción o no del resultado no es fortuita, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva. Por eso, el desvalor de la acción juega un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de la acción no puede haber antijuridicidad. Pero de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se puede deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior.

La hipótesis que aquí se mantiene es como sigue: la tentativa conforma un injusto producto de integrar su regulación general con el respectivo precepto de la Parte Especial. Injusto, donde el desvalor de la acción lo conforma la creación de un riesgo generado por la acción y el desvalor de resultado la producción de un estado de peligro concreto para el bien jurídico particular.

8. La tentativa tiene la estructura objetiva de un delito de peligro e implica el adelantamiento de la intervención penal a fases previas a la lesión del objeto jurídico protegido en el tipo. El legislador no espera para intervenir a que se produzca el daño o la lesión, sino que la adelanta al momento de la aparición concreta del peligro o incluso a la simple realización de la conducta considerada normativamente peligrosa.

La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico conforma, a la luz de la nueva regulación legal, el contenido antijurídico de la tentativa. Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución del delito, sólo se distingue la consumación de la tentativa por el distinto grado de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico. En la tentativa, el tipo subjetivo debe darse plenamente con el mismo contenido y de la misma forma requerida para la punición del delito consumado. No obstante, la presencia del peligro en el tipo objetivo constituye un elemento común en los injustos de la tentativa y de los delitos de peligro. En resumen, la principal diferencia surge de la limitación objetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa (7).

Peligrosidad del intento y estado de peligro

9. El injusto de la tentativa requiere la realización de una acción peligrosa y derivada de ella la producción de un estado o situación de

(6) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 332.

(7) ARZT/WEBER, *BT*, p. 7.

peligro. Desde una perspectiva ontológica es posible distinguir la peligrosidad como una simple característica de la conducta (8), del peligro como duración o permanencia (9). Ante la ausencia de un daño, definido en el espacio y en el tiempo, es harto frecuente caer en la tentación de sólo considerar la *peligrosidad de la acción*, olvidándose que el peligro admite una perfecta delimitación temporal, por instantánea que sea, en términos de situación, de resultado. La prognosis de la peligrosidad es determinante para establecer la potencialidad lesiva de un comportamiento. De ahí su semejanza con un delito de peligro abstracto. A su vez, el estado de peligro en el que se concreta dicha peligrosidad aparece como un resultado. Por eso, se puede afirmar que en la tentativa, ante la ausencia de un resultado de lesión, se anticipa la punición por la presencia de un resultado de peligro.

La vigencia del principio del hecho

10. En la dogmática de la criminalización de los estados previos a la lesión de un bien jurídico ha venido siendo usual el abandono del «principio de la vigencia del hecho» (*Tatprinzip*), en favor de otros de contenido subjetivo. Posiblemente, temas tales como el principio de culpabilidad, la personalización del injusto, e, incluso, consideraciones preventivo-policiales han propiciado, como dice Jakobs, el predominio de un «despreocupado positivismo» (10) en el tratamiento de estas manifestaciones penales.

La tendencia a una exagerada anticipación del momento punitivo proviene de visualizar al autor como una fuente potencial de peligro para el bien jurídico. Frente a esta concepción que entiende al *autor como enemigo*, se requiere contraponer la noción del *autor como ciudadano*. La primera acepción hace posible anticipar sin límites el comienzo del peligro –el Derecho debe seguir incluso al autor supersticioso–. En tanto que, la segunda acepción, reclama de su *status* de ciudadano el reconocimiento de una esfera privada exenta de control. El aforismo latino *cogitationis poenam nemo patitur* se asienta en una concepción naturalística del ser humano entendido como un sistema psico-físico en el que la epidermis delimita la frontera de lo interno y de lo externo. La cuestión que interesa al Derecho penal no es fijar esos ámbitos por intermedio de circunstancias sensibles a la naturaleza, sino mediante criterios sociales y jurídicos. Desde el momento

(8) HIRSCH, *Gefahr*, p. 548.

(9) WOLTER, *Konkrete*, p. 750.

(10) JAKOBS, *Estudios*, p. 292.

en que nuestra visión del ser humano trascienda lo ontológico, y sea visto, además, como portador de determinados derechos y deberes —como ciudadano—, se podrá, sólo entonces, establecer si esa conducta pertenece o no a su esfera privada. Esfera mucho más amplia y trascendente que la de los meros pensamientos e intenciones y a la cual ya no debe tener acceso el Derecho penal.

En Alemania, la punibilidad de las fases previas a la lesión se ha venido justificando, sin embargo, por la simple voluntad delictiva. De esta forma, los aspectos objetivos del comportamiento se despojan de todo su contenido perturbador, convirtiéndose en simples pretextos para indagar en lo interno. Esta perspectiva de análisis, que va del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa al dolo, ha sido la que ha marcado la dogmática de la tentativa no sólo en aquel país, sino también la de España. Jakobs expresa con atino estas ideas, al decir: «la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores. De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva». Sea dicho de paso, esta observación tan llamativamente «objetiva» del autor se produce con la publicación de su *Kriminalisierung* en 1985 (11), orientación corregida más tarde en términos subjetivos en su manual y en su *Rücktritt* de 1992 (12).

Pues bien, el contenido de esa perturbación reside indistintamente en la peligrosidad de la conducta o en la aparición de un estado de peligro para el bien jurídico.

Acerca de los juicios de peligrosidad y de peligro

11. La comprobación de una u otra forma de aparición del riesgo pasa por la formulación de un *juicio de peligrosidad* y de otro *juicio de peligro*. Se trata de dos momentos axiológicos diferentes. La primera valoración del comportamiento se hace residir en su peligrosidad potencial para el bien jurídico establecida *ex ante*. En cambio, si esa potencialidad se actualiza, se concreta en un estado de peligro, entonces se requiere de un segundo juicio de carácter concreto; es decir, de un juicio de peligro emitido desde una perspectiva *ex post*.

(11) JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97, 1985.

(12) JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», en *ZStW* 104, 1992.

Con el primer juicio, la peligrosidad se presume; con el segundo, el peligro se constata.

La cognoscibilidad de la peligrosidad de la acción (y del peligro) es una cuestión que atañe a la naturaleza epistemológica del juicio. Dado que el hombre no es omnisciente, con una experiencia universal sobre todos los fenómenos de la naturaleza, está obligado a medir la aptitud lesiva de la acción en términos probabilísticos. Las ponderaciones estadísticas son materialmente inherentes a todo juicio de peligro. Ellas conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, carecen de un valor normativo directo. Constituyen el ámbito fáctico a partir del cual deberá decidirse su relevancia penal. En los supuestos más triviales, no será preciso recurrir a intrincadas operaciones estadísticas para comprobar la presencia del peligro, el conocimiento precientífico de la realidad —la experiencia común— será suficiente. Sin embargo, este tipo de conocimiento deberá ser aplicado, siempre que no sea posible la verificación de la *probatio plena* de la regla científico natural.

El momento plenamente normativo se alcanza cuando se relacionan dichas ponderaciones con el bien jurídico protegido. A través de esta operación se individualiza el riesgo penalmente relevante. Como dice Berdugo, la racionalización del pensamiento dogmático pasa ineludiblemente por tomar en consideración los resultados de las ciencias experimentales. Es decir, los conocimientos obtenidos por intermedio de leyes deterministas o fenoménicas. Necesidad que aparece ya en el momento de la interpretación del precepto concreto. No obstante, la incorporación al razonamiento jurídico de los resultados científicos no debe realizarse de forma neutra. En efecto, las conclusiones obtenidas por esta vía, en relación con la puesta en peligro o la lesión de un determinado bien jurídico, debe ponerse en conexión con el fin perseguido en la norma. En consecuencia, esta exigencia relativiza la transcendencia de los resultados experimentales (13).

12. El juicio de peligrosidad constituye un primer paso valorativo y por él se determina: si la conducta en abstracto es potencialmente idónea para producir el daño; y, además, si jurídicamente tiene capacidad para crear un riesgo penalmente desvalorado (todavía en abstracto). De ser así, a continuación, se emitirá un juicio de peligro que exige demostrar la actualización de esa peligrosidad y la proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, o sea la presencia de un resultado de peligro.

(13) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Concepto, método y fuentes*, pp. 397 y 398.

La previa constatación de la peligrosidad de la acción (con relevancia penal) es absolutamente imprescindible para establecer la presencia de un resultado de peligro (con relevancia penal). El ámbito fáctico al que se circunscribe el juicio de valor lo conforman, solamente, las circunstancias referidas al hecho conocidas con anterioridad a la acción por el autor. Esta exigencia dimana de un Derecho penal con vocación preventiva. Evidentemente, este juicio normativo (subjetivo-objetivo) deberá retrotraerse al momento inmediatamente anterior a la acción.

La presencia del componente subjetivo –conocimiento de las circunstancias del hecho por parte del autor– predetermina el ámbito objetivo del juicio. Con toda la razón, Kuhlen califica como muy mala la denominación de *pronóstico objetivo-posterior* con la que se conoce a este juicio (14). En virtud del cual, el Juez se coloca posteriormente (en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor. Este último saber ya no es objetivo, sino subjetivo, al ser referido al autor.

13. Si el juicio de peligrosidad es afirmativo, se abre otro proceso de ponderación, encaminado a determinar el grado de peligro concretamente alcanzado para el bien jurídico. Es decir, el juicio de peligro concreto permite, al ser relacionado con el interés jurídico protegido, comprobar la existencia de una situación o estado de peligro. Este juicio, estrictamente objetivo, debe ser realizado *ex post* y está referido al *resultado de peligro* alcanzado.

Como ya se ha dicho, la mayor parte de la doctrina no distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Por eso, la aptitud del peligro se satisface exclusivamente con la comprobación de su potencialidad lesiva; o, dicho de otra forma, el juicio de peligrosidad sufre al juicio de peligro. Ciertamente, estas opiniones encuentran un perfecto encuadre sistemático en el pensamiento finalista, según el cual, el desvalor de la acción, expresiva del dolo, es suficiente para conformar al ilícito penal.

No obstante, también aquellos que dicen mantener en España una noción objetiva de la tentativa consideran suficiente la potencialidad del peligro, incluso su mera apariencia, para satisfacer la exigencia objetiva del acto ejecutivo. Lo único que les separa de las corrientes subjetivas es cómo hay que interpretar el plan del autor. Es decir, si el famoso observador imparcial debe hacerlo en base a la opinión del propio autor o en base a la opinión que merece tal plan a la sociedad.

(14) KUHLEN, *Zur Problematik*, p. 341.

Silva Sánchez, por ejemplo, sostiene que la diferencia entre un peligro *real* y un peligro *putativo* es de grado, de modo que al final la cuestión de fijar la frontera entre uno y otro es una cuestión valorativa y no ontológica. «Lo que se denomina “peligro real”, en puridad no es necesariamente real (en el sentido “fuerte” del término), sino aparente», afirma Silva, «lo “real” es una fórmula expresiva de un consenso social máximo sobre su existencia»; concluyendo con esta afirmación general: «es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad» (15).

Esta formulación resulta en extremo familiar a la sostenida por Jakobs en su artículo *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, cuando dice que la vieja teoría de la falta de tipo había observado correctamente que en la tentativa la realidad no puede ser suplantada por cualquier fantasía, pues la representación del autor debe ser comunicativamente relevante desde el punto de vista social, ya que es la única forma de ser reconocida como perturbación, como realización del tipo (16).

Una vez más, se hace patente la dependencia de nuestro pensamiento dogmático respecto del alemán al incorporar métodos de interpretación quizás adecuados a los requerimientos subjetivos del § 22 del StGB, pero en absoluto a los que dimanarían de la formulación legal recogida en el artículo 16.1 del Código penal español.

Por el contrario, para las teorías objetivas (causalistas), se distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Al igual que en los delitos de lesión, en los de peligro se admite la posibilidad de establecer una relación causal entre la acción y el resultado de peligro; donde la existencia del acto ejecutivo se hace depender de la real amenaza lesiva constatada *ex post*.

Concepto normativo de peligro

14. No es éste el camino a seguir. Resulta contrario a un Derecho penal atento a los requerimientos de un Estado social y democrático de Derecho decidir la presencia del peligro atendiendo escuetamente a las propiedades de ser, naturales o sociológicas, que confluyen en el suceso. El peligro es un concepto normativo que indirectamente manifiesta un alto grado de probabilidad dañosa, pero que adquiere plena relevancia jurídico-penal cuando se pone en relación

(15) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, pp. 127 y 128.

(16) JAKOBS, *Estudios*, p. 235.

directa con el bien jurídico en cuestión. Por eso, se requiere manejar un concepto normativo y no ontológico del peligro.

El peligro surge cuando la circunstancia salvadora, la que evitó la producción del daño, depende de condiciones salvadoras que ya no pueden ser controladas por el actuar humano (17).

Pero, ¿cuándo debe intervenir el Derecho penal?, ¿cuándo se entiende que una situación escapa ya al dominio del autor? Pues bien, tal circunstancia aparece cuando el bien jurídico se halla de tal modo inmerso en el radio de acción peligrosa que las medidas de defensa normales —es decir, las dispuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños— ya no resultan suficientes para impedir con seguridad el resultado lesivo (18).

Por esta razón, se coloca al objeto del bien jurídico en estado de peligro cuando su salvación depende del azar —el arma de fuego se encasquilla; el tamaño de los genitales del agresor resultaban desproporcionados respecto a los genitales de la niña; la escasa fuerza del autor o la obesidad del ofendido impiden que el cuchillo afecte una zona vital de su cuerpo; la cartera de la víctima de un robo no contenían los documentos que se buscaban, etc.—. Asimismo, se sobrepasan los medios normales de defensa cuando la extrema habilidad del conductor evita la colisión con el vehículo del suicida que se le echa encima; se presenta al cobro un cheque firmado por el mismo que lo había sustraído; la dosis de veneno no resultó efectiva dada la salud inmejorable de la víctima; o bien, aquélla, apercibida de que iba a ser objeto de un ataque mortal, se esconde en un armario, se resguarda debajo del salpicadero de su coche, o sobrevive al impacto del proyectil por vestir un chaleco antibalas, etc. En todos estos supuestos, la peligrosidad inicial de la acción se concreta en un peligro efectivo para el objeto jurídico protegido, ya que el Derecho no demanda del ciudadano habilidades, capacidades de observación, estados de salud, presencias de ánimo y empleo de medios especiales de defensa fuera de lo común.

En efecto, todo medio de salvación que deba disponerse para protegerse de comportamientos que ya han dejado de regirse por el principio de mutua confianza, deben ser considerados excepcionales. Se trata de recursos extraordinarios de defensa utilizados frente a conductas que exteriorizan un riesgo jurídico-penal. Por eso, el hecho de que las entidades bancarias blinden sus cajas de caudales, los moradores cierren con llave la puerta de sus viviendas o los empleados de banco utilicen sistemas electrónicos para cotejar la fiabilidad de los

(17) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 196.

(18) DEMUTH, *Gefahr begriff*, pp. 209 y 210.

talones bancarios deben, todos ellos, considerarse recursos *no normales* de defensa, a pesar de ser hoy en día prácticas habituales. La proliferación de estos medios de defensa lo único que manifiestan es la pérdida de confianza en los sistemas de autorregulación social.

15. El método valorativo hasta aquí reseñado es el que mejor se adapta a los requerimientos objetivos del artículo 16.1 del Código Penal. Por un lado, permite apreciar la peligrosidad potencial de la acción y, por otro, su concreción en un estado de peligro. El juicio de peligrosidad establece la presencia de un peligro abstracto para el bien jurídico, y con él se desacartan las tentativas irreales; el juicio de peligro establece la presencia de un peligro concreto, y con él se eliminan las tentativas inidóneas.

Puede suceder, no obstante, que la conducta comporte un peligro abstracto, aunque no concreto, para el bien jurídico particular; en ese caso, la acción será punible si existe algún tipo penal de la Parte Especial comprensivo de ese desvalor del hecho. Por ejemplo, disparar con un revólver sobre una persona muerta creyéndola viva no constituye una tentativa de homicidio, pues, en ningún momento, se ha creado una situación de peligro para el bien jurídico vida; sin embargo, la peligrosidad de la conducta manifiesta abstractamente un riesgo subsumible en el artículo 563, donde se castiga la tenencia de armas prohibidas.

Las llamadas tentativas inidóneas

16. Además de la posibilidad de diferenciación entre la peligrosidad de la acción y el estado de peligro, junto a un concepto normativo de peligro, nos separa de las tesis objetivas defendidas hoy día en España: el criterio empleado para distinguir las tentativas idóneas de las inidóneas. En efecto, la doctrina acoge bajo la denominación de tentativa inidónea aquellos supuestos en los que la falta de aptitud del objeto, de los medios o del sujeto impiden llegar a la consumación de un delito efectivamente intentado. Junto a estos errores de carácter ontológico la doctrina admite otros nomológicos, es decir, aquellos que afectan el grado de conocimiento que el autor tiene acerca de las leyes de la experiencia.

Sin duda, *ex post* toda tentativa es inidónea respecto a su capacidad de producir un resultado lesivo; sin embargo, *ex post* no toda tentativa es inidónea respecto a su capacidad de generar un resultado de peligro. Desde la primera perspectiva, si el autor yerra en su puntería, la tentativa de homicidio será idónea; pero, si la desviación se explica por algún defecto del arma, entonces la tentativa es inidónea. En cambio, si la idoneidad del intento se hace depender de su capacidad para

crear una efectiva situación de peligro, entonces, tanto en un caso como en el otro, la tentativa es idónea.

El argumento central de la tesis aquí defendida lo constituye el concepto normativo de peligro. Por eso, es posible efectuar la siguiente declaración de principios: *si no hay peligros (normativos) inidóneos (19), tampoco hay tentativas inidóneas*. Las tentativas que no llegan a crear una situación de peligro –las inidóneas–, o son impunes o constituyen por *sí mismas* un delito de peligro abstracto.

Asimismo, el adoptar un criterio normativo de delimitación entre lo idóneo e inidóneo del intento nos evita caer en una confusa e inabordable discusión acerca de la naturaleza ontológica del error. Discusión, por otra parte, nada fructífera, que nos recuerda las habidas entre los causalistas a propósito de las distintas formas de aparición de los cursos causales. Téngase en cuenta que la distinción entre peligro real y putativo no puede hacerse depender de consideraciones ontológicas o nomológicas. Se trata, tan sólo, de circunstancias que integran el ámbito fáctico sobre el cual habrá de emitirse el juicio de peligrosidad y de peligro formulados en términos normativos.

A modo de resumen

17. 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: 1) la proximidad de lesión del bien jurídico, y 2) la ausencia de una normal dominabilidad de las posibles causas salvadoras.

Con esta fórmula se propone una fundamentación única para todos 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, así, 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 artículo 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*.

(19) GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, p. 74.

II. FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN EN LA TENTATIVA

1. Algunas consideraciones previas

1. 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 (20). Estado de la cuestión al que me referiré operando con un criterio selectivo, es decir, centrando el interés solamente en aquellas teorías que, de alguna manera, sigan siendo hoy referentes de discusión. Por este motivo, 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 las 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*) (21). 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*) (22).

La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incremine 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 lesivi-

(20) Sobre el estado de la cuestión: FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 3 y ss.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pp. 63 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht*, pp. 20 a 125.

(21) Por todos, ROXIN, *AT*, §2, pp. 8 y ss.

(22) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 339 y ss.; JAKOBS, «PG», pp. 43 ss.

dad (23). 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 (24). 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 (25). De esta forma, la consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos (26).

Para la comprensión de esta última posición resultan muy ilustrativas las siguientes consideraciones de Jakobs: «Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la lesión de la validez de la norma» (27).

2. 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. Según la teoría de la desautorización de la norma o de 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.

La primera versión de la teoría objetiva se formula en Alemania y basa el fundamento jurídico de la punición en el peligro próximo de la producción del resultado. La tentativa se castiga a tenor de la alta probabilidad lesiva de la acción; es decir, en el marco de una noción ontológica del peligro. Esta concepción conduce a limitar la punibilidad de la tentativa frente a los actos preparatorios y a rechazar la punibili-

(23) BERDUGO, *Concepto, método y fuentes*, p. 42 ss.

(24) *Mir Puig*, PG, cit. p. 352. No obstante, el autor aclara a continuación que estas figuras realizan a su vez otros tipos legales.

(25) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 153; KAUFMANN, *Normantheorie*, p. 121; JAKOBS *Estudios*, pp. 325 ss.

(26) JAKOBS, PG, p. 855.

(27) JAKOBS, PG, § 25/15. Obsérvese la completa identidad que en este sistema funcionalista se asigna al bien jurídico con la norma.

dad de la tentativa absolutamente inidónea (28). La nueva regulación que el Código Penal establece para la tentativa ha provocado que esta teoría adquiera de nuevo actualidad en España al ser reformulada en términos normativos y en donde se hace aparecer el peligro del intento como un resultado en sí mismo (29).

Las diversas teorías subjetivas nacen en Alemania al amparo de la regulación que hace de la tentativa el § 22 del StGB y tienen en común fundar la pena en la voluntad contraria al Derecho. Para ellas, lo importante no es la puesta en peligro del objeto jurídico, sino lo injusto de la acción. La teoría subjetiva conduce a una ampliación de la tentativa punible a costa de los actos preparatorios, al castigo de las tentativas inidóneas y a la equiparación, desde el punto de vista del merecimiento de la pena, de la tentativa con la consumación (30).

3. Conviene hacer algunas observaciones respecto al estado de la cuestión en la doctrina española. Por lo pronto, el marco legal establecido en los artículos 16.1 y 62 del vigente Código Penal se decanta por una clara orientación objetiva, distanciándose así de la subjetiva seguida por el legislador alemán. Sin embargo, estas exigencias normativas propias se ven atemperadas por la fuerte influencia que sigue teniendo el pensamiento dogmático alemán entre nuestros autores; en particular el proveniente de la «antigua» y, recientemente, de la «nueva» Escuela de Bonn. Por esta razón, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas. Eso sí, sin que nadie haga renuncia expresa al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como veremos, 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 hacen de ella se logra discernir algo en un panorama bastante confuso, de difícil aplicación jurisprudencial, y que, salvo estimables aportes doctrinales (31), no ha merecido aún suficiente interés por parte de la doctrina española.

(28) JESCHECK, *PG*, p. 701.

(29) BERDUGO /ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/S. PIEDECASAS, «*Lecciones*», pp. 237 ss.

(30) JESCHECK, «*PG*», p. 701.

(31) Como monografías dedicadas a la tentativa, más recientes, existe una de FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1986; y otra de SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*. Granada, 1996.

2. Teoría objetiva de la peligrosidad

4. Feuerbach es el primer autor que fundamenta la punición de la tentativa en «la peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir un resultado» (32). Concepción dimanante de un Derecho Penal liberal e ilustrado desvinculado de la moral y distanciado de aquellas posiciones tradicionales que, influidas por el Derecho canónico, situaban el juicio de reproche en el ánimo o actitud del autor.

En su versión más antigua, la teoría objetiva adopta una perspectiva *ex post* en la valoración del peligro (33); circunstancia que permite distinguir entre tentativa relativa y absolutamente inidónea. La primera es considerada peligrosa y por tanto punible, la segunda impune. A Von Hippel se debe una reformulación de la teoría, según la cual la valoración debe realizarse *ex ante* (34). Para efectuar este análisis se recurre a un método heurístico-hipotético: el que efectuaría una persona observadora situada en el momento anterior del hecho y en posesión de los conocimientos del autor. De esta forma, la tentativa de homicidio realizada con un arma, que un tercero sin el conocimiento del autor había descargado momentos antes, es idónea para la moderna teoría objetiva, siendo absolutamente inidónea para la antigua (35).

Sin perjuicio del momento en que se efectúe la valoración del peligro, la alta probabilidad de producción de lo *injusto del resultado* fundamenta el castigo de la tentativa (36). De aquí se siguen importantes consecuencias deducibles de la proximidad del peligro en relación al bien jurídico protegido. Por una parte, se pretende proporcionar un criterio objetivo de delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios y de la consumación del delito; por otra, la situación del peligro sirve de criterio para valorar la gravedad de la amenaza y, en consecuencia, la medición de la pena. El contenido, por último, de la manifestación externa del peligro permite descartar como penalmente irrelevante la tentativa absolutamente inidónea.

La peligrosidad como único elemento justificativo de la punición de la tentativa sitúa a esta teoría en el marco del pensamiento causalista. En efecto, sólo el acontecer objetivo del mundo exterior pertenece al ilícito. En el delito consumado se castiga la acción que ha

(32) FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 42.

(33) *Ibid.* § 42, nota 3.

(34) VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925, y vol. II, 1930, Berlín. Reimpresión Aalen 1971.

(35) WELZEL, *PG*, § 24/IV, p. 266.

(36) JESCHECK, *PG*, vol. II, § 49/III/1.

causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir, su peligrosidad.

Llegar a estas conclusiones sólo fue posible partiendo de estos dos presupuestos: el concepto de una acción causal que permite prescindir del contenido de la voluntad del autor en la constatación de la infracción de la norma; y la caracterización de esta norma como norma de valoración. Precisamente, del carácter objetivo de la norma de valoración es de donde se deduce con claridad la esencia del ilícito. En este orden de cosas, injusto será la lesión objetiva de una norma de valoración, en donde el contenido objetivo de la lesión está determinado por la perturbación impuesta al bien jurídico. Así pues, el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el desvalor del resultado.

5. Todas las carencias sistemáticas deducibles de una teoría del delito fundada desde una perspectiva ontológica son aquí aplicables. En efecto, los causalistas, llevados de la mano por el positivismo, entienden que lo único accesible al conocimiento racional (científico) son los «hechos» perceptibles experimentalmente, junto con la legalidad manifiesta en ellos. Hechos, que pueden provenir del «mundo exterior», perceptibles por los sentidos, o del «mundo interior», de naturaleza psíquica. Tanto unos como otros se rigen por la ley de la causalidad.

El gran reto que se presentó a esta escuela positivo-naturalista es el de descubrir las leyes que rigen ese determinismo (37). Pues bien, el éxito obtenido es relativo, ya que ignoran algo esencial al Derecho: la imposibilidad de deducir directamente de proposiciones del ser —por ejemplo, de las características del objeto, del sujeto o de los medios empleados— consecuencias jurídicas (38). En otros términos, olvidar el momento del deber ser.

Crítica, que alcanza también a sus particulares conclusiones, como aquella que pretende fundamentar la punibilidad de la tentativa sólo en base a un concepto natural del riesgo. El peligro, como concepto cuantificable, no permite trazar un límite normativo entre la tentativa y los actos preparatorios. Téngase en cuenta que el peligro para el bien jurídico aparece desde que el autor adopta la resolución delictiva y de manera ininterrumpida a lo largo de los actos preparatorios y ejecutivos (39).

(37) LARENZ, *Metodología*, p. 53.

(38) KLUG, *Pseudoschluß*, p. 99.

(39) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *GP*, § 40/I, p. 25. Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, si esta resolución es manifiesta y vertida en el círculo de autor-partícipe, que sería en el caso de los actos preparatorios punibles (arts. 17 y 18 CP), no puede des-

Las carencias sistemáticas de esta teoría provienen de la falta de una concepción normativa de peligro. En efecto, cualquier forma adelantada de punibilidad sólo se justifica por la existencia de una perturbación referida a la integridad del bien jurídico. El contenido de esa perturbación aparece en dos momentos distintos: en la peligrosidad de la acción y en la creación de un estado de peligro. Los juicios que permiten constatar su presencia consisten en operaciones cognoscitivas dirigidas a la explicación racional de determinados fenómenos empíricamente perceptibles. Juicios que conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, los mismos carecen de un valor normativo directo como pretenden estas primeras versiones de la teoría objetiva. De lo contrario, dejar librada la decisión valorativa a meras consideraciones ontológicas implicaría abrir la puerta a un Derecho penal de la responsabilidad objetiva.

Excursus: La teoría de la falta de tipo

6. Se puede considerar también como objetiva la teoría de la falta de tipo (40). Según la misma, sólo existe tentativa cuando falta el resultado, *la pieza final*, del delito. Al contrario, se da una falta de tipo en sentido estricto si el tipo objetivo presenta un déficit por la falta de otras circunstancias. Así, resultan impunes la utilización de medios inidóneos o la ausencia de objeto típico; por ejemplo, se comprueba posteriormente que el autor del disparo era propietario del valioso objeto dañado.

Con esta teoría se pretendió, sin éxito, delimitar la punibilidad de la tentativa con la sola ayuda del tipo. Desde un punto de vista dogmático el tipo representa «un anillo del ilícito legalmente acuñado» que no admite su separación en porciones (41). En efecto, decidir que el resultado en el delito de daños es el daño de una cosa y que la ajeneidad es un elemento del tipo no pasa de ser una arbitraria y opinable «explicación de signos» (42).

conocerse que el peligro que entrañan para el bien jurídico pueda ser mayor o similar al que encierran los actos preparatorios realizados por un autor aislado (RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 297).

(40) Principales representantes fueron: DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed. 1950, pp. 56 ss.; MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1.ª ed. 1939, p. 396; y LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26 ed. 1932, p. 298.

(41) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG T. II*, pp. 51 y 52.

(42) Las «explicaciones de signos» tienen como único cometido establecer con exactitud un «uso lingüístico» que, por supuesto no exigen ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente legal o sociológico utilizado (KLUG, *Zür Problematik*, p. 148). Vid. JAKOBS, *PG*, p. 861.

Sin embargo, en sentido general, es cierto que la tentativa implica un defecto en el tipo. Junto a un tipo subjetivo plenamente cumplido, se da un tipo objetivo incompleto: el autor supone erróneamente la presencia de unas circunstancias de hecho que, de estar presentes, configurarían la presencia íntegra del tipo objetivo (43). Con ello, se pone de relieve la importancia de la representación del autor como elemento cofundante del tipo de la tentativa. De esta forma se abre una vía útil en la solución del problema. En lugar de dirimirse la controversia en un plano preponderantemente ontológico, riesgo versus intención, como resultaba desprenderse de las tradicionales posiciones objetivas y subjetivas, se introduce un nuevo componente, el plan del autor, el cual puede y debe ser ponderado desde una perspectiva axiológica.

3. Teoría del dolo (subjetiva)

7. Según la teoría subjetiva, se castiga en la tentativa «la actuación de la voluntad contraria al derecho» (44), «el acto final contrario al deber (norma)» (45) o «la manifiesta rebelión del autor contra la Ley» (46). Lo decisivo no es la puesta en peligro del bien jurídico, sino lo injusto de la acción exteriorizada en la conducta del autor.

La teoría subjetiva, a diferencia de la precedente, ha admitido distintas formulaciones (47) según sea el tratamiento dogmático que unos y otros otorgaron a los componentes subjetivos del ilícito penal. Así, en la versión más primitiva de esta teoría, se trata de hacer compatible el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo con una concepción puramente objetiva del ilícito. El finalismo, sin embargo, barre con cualquier régimen excepcional de los mismos al decantarse en favor de un injusto cuyo contenido viene dado por el desvalor de la acción. En lo que sigue, la exposición se referirá a estas dos alternativas. La primera la situaremos dentro de la corriente neoclásica, considerando a Mezger como su expositor más definido, y la segunda,

(43) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, T. II, p. 18.

(44) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 22, núm. 63.

(45) KAUFMANN, *Normantheorie*, pp. 121, 126 y 138.

(46) VON BURI, «Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch», en *Der Gerichtssaal*. 1888, pp. 504-506. El auténtico creador de esta teoría subjetiva fue Julius GLASER, aunque el mérito de su desarrollo corresponda a VON BURI. Esta teoría, en su formulación más estricta, encontró su plena aplicación en la jurisprudencia del Reichsgericht (Tribunal Imperial) y en la previa a la década de los setenta en el BGH. Su versión moderada, sin embargo, es la que sigue informando la redacción de los § 22 y 23 del StGB. En España su influencia doctrinal ha sido también importante, aunque no así en la jurisprudencia.

(47) Sobre la evolución histórica consúltese ZACZYK, *Das Unrecht*, pp. 20 a 125.

obviamente, la situaremos en el seno de la teoría de la acción final, eligiendo a Kaufmann como interlocutor.

A) TEORÍA DE LAS CONDICIONES SUBJETIVAS DEL ILÍCITO

8. Con el neokantismo se elabora un concepto del delito no encerrado en sí mismo, como acontecía con los clásicos, sino definido a partir de las perspectivas valorativas (fines) que sirven de base al Derecho penal. Por ello, la respuesta que esta escuela da a la interrogante de por qué la tentativa es punible se hizo posible con el descubrimiento de los elementos subjetivos del ilícito (48). «Que el abuso sexual, la no denuncia de un homicidio, la falsedad constituyan un ilícito –reflexiona Mezger– no depende únicamente de la forma exterior de la acción, sino, también, de la actitud interior del autor» (49).

Pero, si el contenido del ilícito lo conforma básicamente la lesión exterior (o puesta en peligro) de un bien jurídico: ¿es posible que esos elementos subjetivos también puedan fundamentarlo? La respuesta es la siguiente: excepcionalmente, se pueden reconocer en el ilícito elementos subjetivos que sustituirían a los ausentes presupuestos objetivos (50). Mezger entiende que ello es posible, dado que el legislador puede fundamentar la norma únicamente sobre el suceso externo, o bien hacerlo únicamente sobre la voluntad del autor (51). O lo que es lo mismo, el legislador puede hacer que el contenido de la norma prohíba directamente la producción de un resultado o que prohíba directamente acciones dirigidas a la producción de ese resultado.

De esta forma, se abre la posibilidad de una fundamentación del ilícito de la tentativa puramente subjetiva, en el que el dolo del autor también afecta la validez de la norma de Derecho (52). Este componente intencional, a su vez, se convierte en característica objetiva tan pronto como se alcanza la consumación. En cuyo caso, la producción del resultado sustituye a la resolución del autor en la fundamentación del injusto (53). En resumen, lo general es la fundamentación objetiva del ilícito consumado; lo excepcional será la fundamentación subjetiva del ilícito de la tentativa.

(48) HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW* núm. 36, 1914, pp. 19 ss. Un amplio resumen de la polémica que suscitó el tema puede encontrarse en SIEVERST, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

(49) MEZGER, *Sinn*, p. 187.

(50) MEZGER, *PG*, p. 260

(51) MEZGER, *Moderne Wege*, p. 22.

(52) ZIELINSKI, *Disvalor*, p. 30.

(53) MEZGER, *PG*, p. 103.

9. La tesis de Mezger muestra una absoluta debilidad sistemática. En efecto, las funciones que cumple el dolo en el delito intentado no deben ser diferentes a las que cumple el dolo en el injusto del delito consumado. Por ello, tampoco corresponde admitir la sustitución del desvalor de la acción, fundamento de la tentativa, por el desvalor del resultado si el hecho llega a consumarse (54). La tentativa es una parte del delito consumado. Si en la tentativa la actuación de la voluntad, que sabe y quiere el resultado, pertenece al ilícito, entonces en el delito consumado esa misma actuación de la voluntad, junto con el resultado, también pertenece al ilícito (55). En definitiva, no cabe admitir únicamente para el delito consumado una antijuridicidad objetiva, sin dolo, y para el intentado una antijuridicidad subjetiva, con dolo. La antijuridicidad del delito intentado y consumado debe ser la misma.

La posibilidad de concebir a la tentativa y a la consumación como dos delitos diferentes sólo es admisible si se renuncia a un concepto del injusto y de la culpabilidad estructurados uniformemente (56). Expresivamente, señala Welzel: ¿cómo podría depender de que el disparo acierte o no en el blanco, que el dolo constituya un elemento del injusto o de la culpabilidad? (57). La admisión de un Derecho penal que trabaje con conceptos distintos de tipo, antijuridicidad y culpabilidad en función de la naturaleza del delito no sólo incurre en graves contradicciones lógicas, sino que conduce irremediabilmente a una injusticia material (58).

Excursus: La teoría de la culpabilidad sin ilícito

10. La polémica doctrinal que suscitó la solución sistemática del problema desembocó en la propuesta de dos soluciones radicalmente distintas. Por un lado, mantener una rigurosa fundamentación objetiva del injusto, admitiendo la posibilidad de una culpabilidad sin injusto (59); por otro, hacer de lo excepcional lo general, de suerte que el injusto pasaba a ser fundado exclusivamente sobre bases subjetivas (teoría de la acción final).

(54) ZIELINSKI, *Disvalor*, pp. 39 ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, p. 16.

(55) *Ibid.*, p. 49.

(56) *Ibid.*, p. 49.

(57) WELZEL, «*El nuevo sistema*», p. 62.

(58) STRATENWERTH, *Natur der Sache*, pp. 17 y 27.

(59) Teoría sostenida por un sector de la escuela austríaca (RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, t. I, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Wien 1954; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63)

La teoría de la culpabilidad sin ilícito considera que ante la tentativa inidónea, ausente de todo contenido objetivo, caben sólo dos posibilidades: o se adscribe el dolo de una vez por todas al ilícito o se admite que puede ser punible aquello que no es contrario a derecho, sino sólo culpable (60). Esta posición se decanta por la segunda opción en base a la teoría de los imperativos elaborada por Goldschmitt y Thon (61). Se dice que el ilícito objetivo depende expresamente de las valoraciones abstractas del derecho (norma de derecho), existiendo junto a ella una segunda norma no explícita, que ordena al individuo adoptar una conducta interior acorde a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico (norma de deber). La norma de deber es la que motiva y fundamenta la culpabilidad.

De ahí se deducen importantes consecuencias. Por lo pronto la pena, como sanción, se asocia a la voluntad culpable del autor, mientras el ilícito deviene en puro concepto de relación mediante el cual puede ser formalmente separado lo jurídico, penalmente relevante, de la conducta voluntaria neutra al valor. Así, presupuesto y contenido de la culpabilidad es la mera voluntad del autor. De esta forma se distancian de la doctrina mayoritaria al admitir que no siempre el ilícito es el prius lógico, conceptual y real de la culpabilidad (62).

Pues bien, si a la tentativa le falta toda cualidad objetiva, y no obstante es delito porque la conducta está orientada a una contrariedad al derecho (infracción a la norma de deber), entonces puede existir en ella culpabilidad y castigo, aun cuando por la falta de peligrosidad para el bien jurídico no concurra un ilícito.

Las consecuencias político-criminales que se derivan de esta concepción son inadmisibles. En efecto, una punibilidad basada exclusivamente en la voluntad delictiva posibilita la sustitución de un Derecho penal del acto por un Derecho penal de autor (63).

B) TEORÍA DE LA ACCIÓN FINAL

11. La fundamentación subjetiva del ilícito por la teoría de la acción final ofrece una solución coherente, desde la perspectiva de la

(60) NOWAKOWSKI, *ZStW* 63, p. 313.

(61) GOLDSCHMITT, «Der Notstand ein Schuldproblem», en *Oesterr. Zeitschrift für Strafrecht*, Wien 1913; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Aalen 1964 (reimpresión).

(62) En forma análoga, JAKOBS entiende que la infracción a la norma de conducta no es una condición suficiente, ni necesaria para desencadenar la sanción («*Studien*», p. 125).

(63) MIR PUIG, *Introducción*, pp. 256 ss.

teoría del desvalor de la acción, al problema de la punición de la tentativa. Ello no quiere decir que el finalismo, al menos en su versión más pura, no se libre de graves objeciones lógicas (64). En todo caso, Welzel aceptó la inclusión del desvalor de acción en el ilícito, al concebir la acción no como un mero suceso causal, sino como un acontecer dirigido y dominado por la voluntad final (65). Con ello se unifica el fundamento que posibilita la punibilidad del delito consumado e intentado.

La discusión en torno a la estructura del ilícito, que es la que se plantea aquí a propósito de la naturaleza jurídica de la tentativa, está más relacionada con el concepto de la norma que con el concepto de la acción que se utiliza como base del sistema (66). Es por ello que en lo que sigue se adoptará esta perspectiva de análisis.

12. El punto de partida lo constituye el entendimiento de la norma como una orden encaminada a motivar (67) al sujeto a la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico. El sistema de normas se basa en un sistema de juicios de valor que despliegan sus efectos sobre los llamados bienes jurídicos (68). Estos juicios de valor pueden ser primarios o secundarios. Los primeros, positivos o negativos, implican una valoración de los sucesos que lesionan o conservan el bien jurídico; los segundos, positivos o negativos, valoran las acciones humanas que tienden al suceso.

El juicio de valor primario sobre el resultado lesivo sirve de base al juicio de valor secundario sobre el acto que provoca el resultado. Ambos juicios son entre sí interdependientes, pero en sus objetos de análisis se diferencian. Mientras el juicio de valor primario declara

(64) Vid. KLUG, «Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem», t.II, pp. 155 a 173, en *Skeptische Rechtphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, pp. 7 a 32; ENGISCH, «Der finale Handlungsbegriff», en *FS für E.Kohlrausch*, 1944, pp. 141 a 179; SERRANO/PIEDECASAS, «*Crítica formal*», pp. 984 a 995.

(65) WELZEL, *Nuevo sistema*, p. 25.

(66) GALLAS, *Zur Struktur*, pp. 155 ss.; BACIGALUPO, *La función del concepto de norma*, pp. 73 ss.; LAURENZO COPELLO, *El resultado*, pp. 38 y ss.

(67) KAUFMANN dice al respecto: todo ordenamiento en la conducta entre hombres está referido a comunicar de modo comprensible -incluso al inimputable con capacidad de acción- el contenido de la conducta exigible. No haber distinguido entre la pretensión del contenido y la de la vinculación de la norma fue el fallo de los partidarios de la teoría subjetiva de los imperativos. Para ellos la norma sólo podía motivar al capaz de culpabilidad.

(68) KAUFMANN entiende que integran el primer plano valorativo, siempre positivo, del sistema (*Normentheorie*, p. 69). En los hechos, las normas jurídico-penales presuponen la existencia de los bienes jurídicos (ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 136).

como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir, los juicios de valor secundarios describen los caminos (acciones) que tienden a producir o no evitar esas lesiones que no deben existir. Precisamente, el medio jurídico a través del cual se consigue llegar a la meta anteriormente propuesta es que no se den acciones encaminadas a la lesión del objeto jurídico. En este sentido, la norma de determinación tiene como fin exclusivo el imponer el juicio de valor secundario: prohibir el acto que debe no ser, mandar el acto que debe ser (69). Es por ello que el acto recibe su disvalor exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor; si falta el resultado, subsiste, sin embargo, la intención fundante del disvalor (70).

En atención a todo lo expresado, el injusto de la tentativa es la acción final que tiende a la afectación del objeto jurídico, siendo este acto el objeto del juicio de valor secundario y de la norma de determinación (71). En otros términos, el dolo del hecho determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad (72). De esta suerte infringe la prohibición contenida en la norma de determinación tanto la acción incapaz de resultado (tentativa inidónea) como la capaz de resultado (tentativa idónea) (73).

13. Pero, ¿qué papel normativo juega el disvalor de resultado? El injusto de la consumación es la acción final que merece una valoración negativa en la medida en que sea capaz de resultado. Así pues, el objeto de la norma de determinación o, lo que es lo mismo, el objeto del juicio de valor secundario lo conforma *el acto final capaz de resultado*. Esta capacidad de resultado debe, no obstante, entenderse como una aptitud objetiva, circunstancial, que condiciona la actividad final tendente a la afectación de un bien jurídico. En otros términos, si la norma de determinación sólo contiene, según Kaufmann, actos finales (74), entonces, el contenido objetivo dado por la *capacidad de resultado* (peligrosidad de la acción) no puede ser objeto de valora-

(69) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 74. En este sentido, norma de determinación y juicio de valor secundario son la misma cosa.

(70) KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 71.

(71) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 153.

(72) JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios*, p. 225.

(73) Respecto al injusto del delito consumado.

(74) KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 75. Esta vinculación lógico-objetiva del legislador respecto a la estructura final de la acción (omisión) significa: que el legislador partiendo del dato ontológico, puede inferir proposiciones del deber ser. Se trata de un argumento iusnaturalista (ontológico) que conduce desde una perspectiva metalógica de la norma a un razonamiento entimemático (KLUG, *Pságeudoschluß*, p. 99; SERRANO/PIEDecasas, *Crítica formal*, p. 989)

ción de la norma. Pero sino es objeto de la norma de determinación, entonces será condición de ella, o, lo que es lo mismo, la especial concurrencia de esas circunstancias objetivas fijarán el dominio en el que el juicio de valor secundario desplegará sus efectos. Entonces, si el disvalor de resultado es irrelevante para el ilícito, no tiene sentido una distinción entre el delito tentado y consumado, aunque sí, entre tentativa acabada e inacabada (75).

Desde otra perspectiva, si la norma ordena, prohíbe o manda hacer o no hacer determinadas acciones finales, entonces no puede motivar a su cumplimiento bajo particulares circunstancias objetivas regidas por la casualidad o desconocidas para el destinatario de la orden. Por eso, esta situación objetiva no debe constituir objeto de la norma, aunque pueda aparecer como una condición especial de la misma (76).

Entonces, tanto la tentativa como la consumación tienen la misma materia de prohibición, aunque el ámbito de aplicación de una y otra sea diferente. Ambas normas prohíben el mismo acto final: la de la tentativa, lo prohíbe en general y sin restricciones; la norma de consumación lo prohíbe, en particular, para el caso de que la acción final *sea capaz de resultado*. La norma de determinación de la consumación es objetivamente idéntica a la norma de determinación de la tentativa en su función de motivar a la conducta humana. La norma de la consumación es la reiteración de la norma de la tentativa limitada a ciertos supuestos. ¿Cuáles son estos supuestos?: acciones finales condicionadas por la aparición casual de circunstancias objetivas (naturalísticas) que propiciaron su *capacidad de resultado*.

En conclusión, la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo de hecho, es la única categoría dogmática que dota de contenido al ilícito penal.

14. Sin embargo, el debate no termina aquí. El siguiente nivel de análisis lo constituye decidir sobre el sentido o significado del dolo. Cuando se dijo que la tentativa representa un defecto del tipo, se hizo alusión a que el autor asumió erróneamente la existencia de determinadas circunstancias de hecho en el objeto o en los medios empleados, que de haber estado presentes hubieran consumado el tipo objetivo. Pues bien, el problema reside en decidir si esa errónea planificación debe determinarse objetiva o subjetivamente. ¿Todo lo que el autor considera una planificación constituye necesariamente una planifica-

(75) KAUFMANN, ZSrW núm. 80, p. 50.

(76) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 155. El éxito de la capacidad de resultado de la acción exige la prognosis del observador objetivo.

ción relevante? (77). Si el autor decide procurar la muerte de su enemigo mediante conjuros, ¿esa manifiesta voluntad contraria a la norma debe ser considerada como tentativa de homicidio?

La cuestión nos introduce de lleno en la problemática de la distinción entre: *a*) actos preparatorios y ejecutivos; y *b*) tentativa idónea e inidónea. Aunque el tratamiento de estas cuestiones se hará más adelante, sin embargo, siguiendo la exposición de las tesis de Kaufmann, en torno a su concepción de lo injusto, adelanto alguna de sus conclusiones en relación a la cuestión planteada.

En este punto, Kaufmann adopta el punto de vista personal (subjetivo) del autor (78). Si la intención homicida de éste se manifiesta por medio de la superstición, el derecho debe seguirle (79). Decisión consecuente con su concepto del injusto personal que le lleva a la siguiente afirmación: el sentido que el autor da a su hecho determina el contenido valorativo de la antijuridicidad (80); en el mismo sentido, Zielinski opina: «la representación del autor de la situación fáctica debe ser la base para la calificación jurídica de la acción» (81).

Esta radical fundamentación subjetiva del injusto en la que sólo importa el sentido que el autor da a su hecho no toma en consideración si dicha individualización puede ser sostenida desde un contexto social (82). Quizás esos datos individuales permitirían explicar las relaciones dentro de grupos íntimos, o en comunidades religiosas, pero no serían útiles para explicar las relaciones dentro de una sociedad moderna. «Así, se puede explicar el pecado, pero no el ilícito» (83).

4. Teorías mixtas

15. Las teorías mixtas pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa combinando aspectos objetivos y subjetivos. Se trata de soluciones ampliamente acogidas por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como alemana. Soluciones, por otra parte, surgidas de la necesidad de operar con criterios jurisprudenciales útiles encaminados a fijar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos y tentativas idóneas e inidóneas.

(77) JAKOBS, *Estudios*, pp. 230 y 231.

(78) JAKOBS, *Estudios*, p. 231.

(79) «Inclusive la tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito» KAUFMANN, *Zum Stande*, p. 161; *ZStW* núm. 80, p. 242.

(80) KAUFMANN, *Zum Stande*, pp. 393 s.

(81) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pp. 292 ss. y 369.

(82) JAKOBS, *Estudios*, p. 227.

(83) *Ibid.*, p. 227.

Larenz destacaba de la «Teoría pura del Derecho» de Kelsen su contenido en extremo seductor aunque de escaso rendimiento en orden a la praxis, y concluía: «en última instancia la razón de ello reside en la deficiencia de la teoría» (84). Esta misma reflexión corresponde hacerla respecto de las teorías objetivas y subjetivas formuladas en sus inicios. En efecto, las consecuencias «*prácticas*» que se deducen de mantener una rigurosa fundamentación objetiva de la tentativa propician la impunidad de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea; en tanto una fundamentación exclusivamente subjetiva amplía el ámbito de punición de los actos ejecutivos y de la tentativa inidónea.

Con estas observaciones no se pretende invalidar la fecundidad teórica de estas fundamentaciones. Muy al contrario, lo que allí se estaba decidiendo era la construcción conceptual de la tentativa como categoría del delito. La confrontación de pareceres, no obstante, se realizaba en un plano ontológico, sea por la vía naturalística del peligro o por la vía iusnaturalista de la acción final. Las carencias lógico-jurídicas de ambas propuestas se manifestaron desde el principio. No toda puesta en peligro de un bien jurídico, ni todo dolo contrario a la norma «*por si mismos*» interesan al Derecho penal. Para que esto ocurra, se requiere de la intermediación de un juicio de imputación, de un juicio de deber ser, que permita la selección normativa de esos comportamientos arriesgados y de esas manifestaciones de la voluntad contrarias a la norma. Tema aparte es decidir el «*cómo*» debe efectuarse dicho juicio. No obstante, resulta incontestable que la discusión en torno al fundamento punible de la tentativa debe efectuarse desde una perspectiva axiológica.

Cuando se trate el monismo normativo me referiré con mas detalle a esta cuestión. No obstante, conviene hacer la siguiente reflexión. Un sistema jurídico penal sustentado sobre sólidas bases racionales (lógicas) se mueve, en contra de la opinión de Jakobs, Freund o Frisch, no sólo en un ámbito normativo, sino que también analiza los hechos de la realidad como referentes para efectuar una valoración. Desconocer esta interacción entre lo ontológico y lo axiológico, ya puesta de manifiesto por la escuela suroccidental alemana de Von Rickert y Lask, conduce inevitablemente a una pura tautología.

En todo caso, bajo el nombre de teorías mixtas, la doctrina habilita una especie de cajón de sastre en el cual almacenan una serie de conceptos, que fuera de esa naturaleza ecléctica que los caracteriza, se supone no admiten ningún otro criterio de selección. En mi opi-

(84) LARENZ, Metodología..., p. 91.

nión, es factible efectuar una ulterior clasificación en atención al grado de integración, de síntesis, producto de combinar unos y otros elementos. Así, es posible distinguir las teorías integradoras, de aquellas otras que son el resultado de una simple adición de elementos objetivos y subjetivos –teorías duales *strictu sensu*– (85). En tanto que las teorías integradoras proporcionan un cierto grado de precisión sistemática y guía en la praxis jurisprudencial (86); las segundas son portadoras de las mismas carencias teóricas y prácticas de las que adolecían sus fuentes de inspiración. No obstante, no sin razón opina Roxin respecto de todas las teorías mixtas que «los defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican» (87).

Excursus: La teoría de la impresión

16. Sin duda, la teoría integradora más seguida por la doctrina alemana, no así en España (88) es la teoría de la impresión (89). Según ella, la tentativa es punible, porque la actuación de la voluntad contraria al Derecho (componente subjetivo), posee la capacidad de perturbar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (componente objetivo). Como señala Hirsch, se trata de una variante de la teoría subjetiva dado que el fundamento del castigo sigue recayendo en la voluntad delictiva del autor y sólo se adopta

(85) En este grupo habría que incluir, por ejemplo, la primera versión de la «teoría objetiva del plan del autor», elaborada por KOHLER y HÄLSCHNER, hoy totalmente superada. En la misma se exigía junto al dolo la existencia de un nexo causal entre la actividad propuesta y el resultado perseguido. Valoración objetiva difícilmente compatible con una fundamentación subjetiva (vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pp. 325 y 326).

(86) La obligación del fallo a la que el Juez está sometido no le concede la posibilidad de retardar su resolución hasta que una cuestión haya sido plenamente discutida por la dogmática. El Juez tiene, como dice Larenz, que «arriesgar» una decisión aun cuando no sea capaz de apuntalarla plenamente con razones. El dogmático, sin embargo, no está constreñido por esa obligación del práctico, sí, en cambio, autorizado e incluso obligado a reconocer a veces que el Derecho positivo no permite en determinados temas, según el estado actual del conocimiento, una solución satisfactoria (*Metodología...*, pp. 226 y 227).

(87) ROXIN, *Teoría del tipo...* nota 15, p. 11.

(88) La influencia doctrinal de esta teoría se percibe en el criterio utilizado por RODRÍGUEZ MOURULLO y CÓRDOBA RODA para delimitar el ámbito de punición de la tentativa inidónea (*Comentarios...*, I, p. 233).

(89) Aunque fue HORN su creador («Der Versuch» en *ZStW* 20, 1900) se debe su definitiva formulación a MEZGER (*PG*, II, p. 248). También: GÖSSEL («Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht» I, 1974), SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, 22 edic., 1985), RUDOLPHI, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch» *AT*, 4 edic. 1983.

un criterio objetivo en lo concerniente a la penalidad (90). En otros términos, lo que se somete a examen es la capacidad que tiene el elemento subjetivo del §22 StGB –representación que el autor tiene del hecho– en relación con la medición de la pena. Téngase en cuenta que a diferencia de lo que acontece con nuestro Código penal el StGB admite en el §49 II 3 una atenuación facultativa para la tentativa (91).

Las consecuencias que se derivan de las tesis subjetivas en relación con la penalidad son de todo punto inaceptables. Tanto Kaufmann como Zielinski, al entender que lo injusto se agotaba con el simple desvalor de la acción, consideraban posible equiparar la pena del delito intentado al consumado (92). Por esta razón, la teoría de la impresión propone introducir un criterio corrector de contenido objetivo al plan del autor: la aptitud de provocar en la comunidad la «*impresión*» de un perfecto ataque contra el ordenamiento jurídico. Es obvio, que el interés despertado por esta teoría en la doctrina alemana es consecuencia de las particularidades que ofrece el StGB en la regulación de la tentativa. Particularidades, que no se dan en nuestro código, ya que a diferencia del §22 el artículo 16 propone una fundamentación claramente objetivista. En todo caso, merece la pena referir alguna de las críticas de que ha sido objeto.

17. Entre las críticas realizadas a esta teoría de la impresión se señala que el poder de impresión del hecho no siempre encuentra su correlativo reconocimiento en la norma. Así, la alarma social que provoca las actuaciones preparatorias en la comisión de un delito grave generalmente no son castigadas (93). Por ejemplo, la destrucción fraudulenta de cosa propia asegurada puede llegar a provocar una fuerte impresión de ataque normativo y, sin embargo, hasta que el asegurado no reclame la indemnización no pasará de ser un acto preparatorio impune (94). También, se la critica por su contenido impreciso y fuertemente subjetivo (95).

A favor de la teoría, Maurach entiende que no es tan importante la quiebra de confianza en la norma, sino el hecho de que una conducta

(90) HIRSCH, «*Gefahr*», p. 560. La teoría de la impresión está fuertemente vinculada al texto del § 23 StGB, acerca del cual un autor tan importante como Stratenweerth opina, que el mencionado párrafo: «no fundamenta la antijuridicidad de la tentativa, sino sólo su punibilidad» («PG», p. 643).

(91) Cuestión, que a juicio de JESCHECK queda perfectamente solventada por intermedio de esta teoría («PG», p. 711).

(92) KAUFMANN, «*Zum Stand...*», pp. 394 ss.

(93) JAKOBS, *PG*, p. 863.

(94) SERRANO/PIEDECASAS, *La estafa...*, p. 138.

(95) KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, pp. 66 ss.

sea idónea para provocar algo semejante (96). Lo cual, lejos de solucionar el problema lo desplaza hacia la cuestión de lo que debe entenderse por «idóneo». Así, el contenido de la idoneidad para algunos autores reside en la consideración de la tentativa como un delito de peligro abstracto (97). La medida de la abstracción quedaría determinada por el hecho de que el autor haya dado principio inmediato a todos los actos que forman parte de la realización del tipo (98).

Resulta más coherente la siguiente propuesta de Jakobs (99): para que un comportamiento externo posea capacidad de impresión, es requisito previo que la representación que tenga el autor sobre su intervención esté fundada sobre «conocimientos comunicativamente relevantes» (100). De todas formas, la cuestión no queda aquí zanjada, pues acto seguido habrá que preguntarse por las características que debe reunir tal comunicación (101).

5. Teoría normativo-funcional de la tentativa (102)

18. El concepto de tentativa sostenido por esta teoría se incardina en una concepción del Derecho penal cuyo fin primordial «está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad» (103). Desde esta perspectiva, la misión de la dogmática

(96) MAURACH, *PG*, p. 29.

(97) *Ibíd.* p. 29.

(98) KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, p. 46

(99) Al igual que Hirsch, JAKOBS exige que el contenido positivo del injusto de la tentativa quede vinculado al tipo. Aunque, negativamente entienda que sin el poder de impresión del hecho no hay motivo para construir una tentativa (*PG*, p. 863). En sentido parecido ROXIN (*Einführung...*, p. 20).

(100) JAKOBS, *Estudios...*, p. 235

(101) Véase más adelante §4.2.

(102) Se corresponde con una concepción monista normativa del injusto cuyo máximo representante es Günther JAKOBS. Existe una recopilación en castellano de los escritos más significativos de este autor en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, traducción a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, precedida por una extensa introducción; también en castellano el manual *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2 edic. alemana de 1991, traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González Murillo; asimismo *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996, traducción a cargo de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Pertenecen entre otros a esta misma corriente doctrinal: FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992; VEHLINB, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

(103) JAKOBS, *Sociedad...*, p. 15.

penal reside en desarrollar (sistematizar) las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) mediante un acto con significado (pena) (104). El significado del acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es referido a la realidad (105), sino por una concepción del injusto articulada desde una perspectiva social (106).

Con ello, la tarea que se exige al dogmático consiste en la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto de las posiciones dogmáticas tradicionales. Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo, operar, tanto en aquella versión en la que la acción ya no es «*expresión de sentido*» (sino un mero proceso psico-físico) cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma (107).

19. Este proceso de «*reforestación*» normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la Teoría pura del Derecho de Kelsen (108), en los trabajos sobre la validez normativa de Max Weber y en la teoría de los sistemas de Luhmann, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático. Valga decir que, al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser (109). En otros términos, al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la

(104) JAKOBS, PG, Prólogo a la primera edición, p. IX

(105) SCHÜNEMANN, «Consideraciones», p. 44.

(106) JAKOBS, *Estudios*, Prólogo, p. 8.

(107) *Ibid.* *Estudios*, Prólogo, p. 7.

(108) Como se verá más adelante, entiendo que la perspectiva de Jakobs sobre la norma no entra totalmente en contradicción con la mantenida por KELSEN. Según éste, la esencia del ordenamiento jurídico reside en la imposición de deberes: una regla jurídica sólo puede ser aquella que imponga deberes (*Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, Neudruck Scienta Aalen, 1960, p. 238). Confróntese esta opinión con la mantenida por Jakobs en torno a la posición de garante.

(109) El pensamiento orientado a valores en la dogmática opera cuando se procede tipológicamente, no cuando se procede conceptualmente. La incorporación de puntos de vista teleológicos resultan decisivos en orden a la interpretación. Por eso, una dogmática neutra al valor sólo cumple parcialmente su cometido (LARENZ, *Metodología...*, pp. 215 a 221).

concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto (110). De esta forma, su concepción del Derecho Penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este Derecho (111). Además, queda circunscrito a la elaboración de conceptos formalizados (112), faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad; considérense, por ejemplo, los conceptos de «injusto», de «rol» o de «garante» propuestos por Jakobs: en ellos todo cabe. Por último, ese sistema cerrado conduce a una inevitable argumentación tautológica o circular (113) que exige, a la postre, ser rellenada de puras decisiones.

Esta concepción se sitúa en la misma línea normativo-positivista de Kelsen al expulsar de la ciencia penal toda consideración valorativa; Kelsen, por requerimientos provenientes de las leyes del pensamiento (114) y Jakobs, por entender que las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal (115). A la postre, ambos entienden el Derecho en un contexto positivo, al declarar por razones diversas como acientífico o ajeno, cualquier principio suprapositivo. Por ejemplo, la idea del Derecho como un sentido material *a priori* de todo Derecho (116).

20. Entre las categorías penales depuradas de todo componente descriptivo se destaca el concepto de «bien jurídico». Su contenido

(110) SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, p. 47.

(111) *Ibíd.* p. 46.

(112) HIRSCH, ZStW, 106 (1994), pp. 746 ss.

(113) Por ejemplo, el concepto de culpabilidad, ya despojado de toda idea de poder actuar de otro modo, es el resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación (SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pp. 46 y 47). Si la teoría de los elementos negativos del tipo prospera a costa de hacer desaparecer la frontera entre la tipicidad y la antijuridicidad, de suerte que la tipicidad no puede comprobarse sin afirmar primero la antijuridicidad y viceversa, el monismo normativo de Jakobs se sostiene sobre la base de pagar un precio mas oneroso: el concepto de injusto absorbe al de culpabilidad. En este punto conviene recordar que Merkel al considerar los aspectos subjetivos en la antijuridicidad tampoco pudo establecer una frontera explícita entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

(114) El problema no es una cuestión de obediencia o desobediencia a la norma, sino sólo que la discordancia entre la acción particular con la «acción del Estado» debida conforma la condición para verificar el juicio de imputación.

(115) La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización es una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del Derecho Penal sólo corresponde determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (JAKOBS, ZStW 107 (1995) p. 855).

(116) LARENZ, *Metodología...*, pp. 59 y 60.

viene dado por la protección de «*la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción*» (117). Lo que constituye una lesión a un bien jurídico no es la causación de la muerte, sino la oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio (118). Esa oposición a la norma se traduce en una efectiva quiebra de confianza en su vigencia. Quebrantamiento que no debe entenderse como «un suceso natural entre seres humanos, sino como un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas» (119).

La manifestación de esa oposición provoca una perturbación social que no puede ponderarse en consideración a los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas. Al contrario, «sujeto» debe ser redefinido en términos de «persona», es decir como sujeto mediado por lo social. Brevemente, persona no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible; o, si se quiere, persona es el sujeto portador de roles (120). En este orden de ideas, la subjetividad de un individuo, por definición, sólo es accesible a los demás a través de sus manifestaciones, de su «comportamiento». Para que un comportamiento defraude las expectativas garantizadas jurídicamente (infrinja la norma), se requiere como requisito mínimo el quebrantamiento de un rol (121).

(117) JAKOBS, *PG*, p. 45.

(118) Hirsch entiende, al contrario, que al asesino se le castiga en primer lugar por destruir una vida humana y en segundo lugar por rebelarse contra la norma. A ello responde Jakobs: destruir una vida humana *per se* no es mas que un hecho natural; tan sólo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico «ser humano» en un ser humano que no debe ser matado sin razón (JAKOBS, *Sociedad...*, n.10, p. 25).

(119) JAKOBS, *Sociedad...*, Prólogo, p. 11. La norma es sólo un modelo de orientación para el contacto social (*PG*, pp. 9 ss.). Fructífera concepción dialogal del Derecho elaborada por CALLIES (*Theorie der Strafe...*, p. 15 y pp. 80 ss.) la cual, a diferencia por ejemplo de MIR PUIG (*Función de la pena...*, pp. 25 ss.), no obtiene por parte de Jakobs la atención y desarrollo que merece.

(120) *Ibíd.*, p. 50 y 51. Esta noción ya se encuentra en Kelsen. El concepto de persona se formaliza. Se trata de un concepto «*jurídico puro*», aquella no es un ser existente, sino un «complejo de deberes jurídicos y derechos subjetivos». La persona física, no es un hombre (sujeto), sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o autorizan a un mismo hombre («*Reine Rechtslehre*», 1934, 2 edic., 1960, pp. 177 y 178). Mientras Kelsen construye este concepto desde la perspectiva de la ciencia «*pura*» del Derecho, Jakobs pretende hacerlo por intermedio de la mediación social.

(121) De aquí que con la culpabilidad «no se mide al sujeto, sino a una persona, precisamente la persona mas general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar al Derecho» (JAKOBS, *Sociedad...*, p. 65).

El contenido de un rol debe vincularse objetivamente a un patrón y este patrón lo conforma el sistema de normas. Por eso, a los actores (sujetos activos o pasivos) no se les toma como individuos, con sus particularidades subjetivas, sino como personas (122), como sujetos de normas de imputación (123). En suma, la comunicación entre los individuos, no es sólo instrumental, reflejo único de sus subjetivas preferencias, sino también personal. Comunicación, esta última, definida mediante reglas objetivas e independientes de las preferencias individuales, de suerte que todos pueden invocar esas reglas (comunicación personal). Para Jakobs, estas reglas son normas sociales en sentido estricto, siendo las únicas que permiten o habilitan para una comunicación personal (124). Por todo lo dicho, se deduce que a efectos jurídicos un comportamiento comunicativamente relevantes será sólo el expresivo de una relación entre personas.

21. En este contexto doctrinal hay que situar el concepto de tentativa propuesto por Jakobs entendido como: «infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo» (125). Veamos con detalle su significado.

«Infracción normativa» implica un daño a la vigencia de la norma y no la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico. De ahí que el fundamento penal de la tentativa sea exactamente el mismo que el de la consumación (126). Sin embargo, las enormes dificultades que tiene Jakobs para resolver la presencia del resultado en los ilícitos consumados, le lleva a sostener que el quebrantamiento de la norma puede estar más fuertemente objetivado en la consumación que en la tentativa, lo que lleva a una culpabilidad más completa (127).

Esta afirmación introduce una fuerte cuota de ambigüedad en el propio concepto del injusto mantenido por Jakobs. En efecto, si el contenido de la culpabilidad, según éste, viene dado por la «imputación de un defecto volitivo» entendida como «déficit de voluntad» o más concretamente como «déficit de motivación fiel al Derecho» (128), entonces, por

(122) *Ibíd.*, p. 53.

(123) SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, p. 45.

(124) *Ibíd.*, pp. 78 ss.

(125) JAKOBS, PG, p. 863.

(126) *Ibíd.*, p. 860.

(127) *Ibíd.*, p. 203.

(128) JAKOBS, «*Estudios*», p. 383. En este sentido añade: «Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que debe ubicarse allí...», y mas adelante: «Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación» (*ibíd.*, pp. 383 y 384.)

lo afirmado más arriba, se admiten dos contenidos materiales de la culpabilidad distintos: uno general para todo tipo de ilícito –déficit de motivación–; y otro particular para el ilícito consumado en el que, además se exige la presencia efectiva de la lesión de un objeto del bien jurídico. Al socaire de estas disquisiciones se esconde una profunda contradicción: con carácter general se repudia la teoría de la lesión de un bien jurídico como fundamento del ilícito, pero al mismo tiempo se admite para el ilícito completo la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico (129).

22. Qué significado atribuye Jakobs a «la puesta en manifiesto» de la infracción? Poner de manifiesto una conducta implica necesariamente una «objetivación». La cuestión que se plantea será averiguar el contenido y los límites de la misma. En definitiva, resolver el problema de la criminalización en los estadios previos a la consumación del delito (130).

En un Estado de libertades, el Derecho penal no está abocado al control de los aspectos internos de un comportamiento. Para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva. La aplicación de este «*principio del hecho*» no debe significar que cualquier manifestación externa sea valorada como una perturbación, sino lo siguiente: sólo una conducta externa que perturba permite investigar el contexto interno. «La pregunta acerca de lo interno, –dice Jakobs–, sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores» (131). Con esta afirmación se destaca la idea de una objetivación del dolo ya lograda antes de la producción del resultado (132). De esta manera, el autor se distancia

(129) SANCINETTI, *Fundamentación...*, p. 20. Como se apuntó más arriba el gran problema reside en el tratamiento dogmático que debe darse al desvalor del resultado desde la perspectiva de una teoría normativo-monista del ilícito. VEHLING, un discípulo de Jakobs, cree resolver el dilema asegurando que el contenido del resultado no debe entenderse en un sentido naturalístico, sino en el sentido normativo como daño a la validez o como transgresión del riesgo permitido (*Die Abgrenzung...*, p. 89). En el mismo sentido, JAKOBS afirma que el desconocimiento de la vigencia de la norma «[...] es el resultado específicamente jurídico-penal» (*Handlungsbegriff*, p. 34). Si una de las funciones de la dogmática es precisar el contenido semántico del concepto, por esta vía poco o nada se ha conseguido.

(130) En lo que sigue, consúltese el artículo de JAKOBS «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, pp. 751 ss. (Traducc. en «*Estudios de Derecho Penal*» op. cit. bajo el título: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», pp. 293 ss.).

(131) JAKOBS, *Estudios...*, p. 302.

(132) No obstante, habría que señalar que las condiciones de las que depende el resultado no están dadas por completo hasta el momento de su producción.

de las posiciones subjetivo-monistas de Kaufmann según las cuales el acto recibe su desvalor exclusivamente de la intención del resultado (133).

23. Ahora bien, ¿qué características debe reunir una conducta externa con capacidad de perturbación? Jakobs alerta sobre una interpretación en extremo naturalística del comportamiento externo, del «*movimiento corporal*» como mínimo soporte de aquél. Levantar un dedo o arquear una ceja, dice, son ya algo externo y sin embargo siguen siendo manifestaciones de la vida privada (134). Lo decisivo no es advertir que el sujeto «*se mueve*», sino que el sujeto «*se expresa*». Al igual que en el delito consumado lo importante no es la lesión del bien jurídico, sino la lesión a la vigencia de la norma, en el comportamiento lo decisivo no es la externalización de la conducta, sino que la misma constituya «una expresión de sentido comunicativamente relevante» (135). La normativización de lo comunicable exige, como se dijo más arriba, dotar a la conducta de una significación social que sólo es pasible en términos de una comunicación personal y no instrumental. Es decir, son las normas las que constituyen la relación entre sujetos. «Estas normas son el mundo objetivo; objetivo, porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo» (136).

De esta manera, de entre todas las posibles manifestaciones externas de una conducta sólo se seleccionan aquellas que tengan la aptitud de configurar el mundo en consonancia con una norma social (objetiva). Así, estarán exentas de responsabilidad penal no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y toda conducta externa irrelevante en sí misma. Entonces, ¿cuándo una conducta «comunicativamente relevante» es perturbadora?, o en términos más simples, ¿cuándo un ciudadano se convierte en autor? La respuesta es: si aquél «se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos» (137).

El contenido material de la «*perturbación*», por lo tanto, vendrá dado en razón de que el autor comienza a arrogarse de acuerdo con su comportamiento externo un ámbito de organización ajeno. Sólo entonces, y en la medida en que sea reconocible en los hechos tal arrogación, resultará legítimo interpretar su conducta a la luz de los facto-

(133) KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 71 ss.

(134) JAKOBS, *Estudios...*, p. 296.

(135) *Ibíd.*, p. 235.

(136) *Ibíd.*, p. 80.

(137) *Ibíd.*, p. 303.

res internos, preguntarse, en suma, acerca de los fines que perseguía con ella. Más adelante volveré sobre este punto, en particular sobre el tratamiento que dispensa Jakobs al problema de la «representación mental de un hecho» por el autor.

24. Siguiendo con la exposición, el siguiente concepto a investigar será el del contenido atribuido a la mencionada «arrogación». Pues bien, según Jakobs la responsabilidad penal en los delitos de comisión reside en que el autor, por ser el que desencadenó el curso causal, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y aún a costa de ellas; en los delitos de omisión, la responsabilidad del autor deriva de la vinculación que mantienen determinados cursos causales con su ámbito de organización. Brevemente, «no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión deben ser garantes si es que han de responder de un delito de resultado mediante comisión» (138).

Si se define la acción como un suceso (evitable) que designa una diferencia entre un hacer y un omitir con independencia de cual de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción, y la acción es el supraconcepto que abarca tanto a la comisión como a la omisión (139). Por eso, son garantes tanto el autor de una comisión (incumbencia por la organización) como de una omisión (por el rol que se desempeña).

Esta doctrina no es nueva y encuentra sus precedentes en la teoría negativa de la acción de Herzberg, quien propone el siguiente supraconcepto: «*evitable no evitar en posición de garante*» (140). En todo caso, las razones aducidas son rechazables desde un punto de vista semántico. En efecto, ambos dejan fuera del supraconcepto a los delitos puros de omisión que entrarían a regirse en virtud de un principio de solidaridad mínima. Pero además, Jakobs construye el supraconcepto en base a una pura abstracción: la capacidad motivadora de la norma penal. Se olvida de que el legislador puede también dictar normas sumamente «*inconvenientes*» sin que por ello dejen de ser auténticas (141). Estas indeseables consecuencias dimanarían de la construcción de un sistema dogmático exento de cualquier reflexión político-criminal, o lo que es lo mismo marcadamente positivista (142).

(138) JAKOBS, *PG*, pp. 258 y 259.

(139) *Ibid.*, *PG*, pp. 175 ss.

(140) HERZBERG, *Die Unterlassung...*, p. 172. También BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, pp. 93 ss.

(141) SERRANO/PIEDECABRAS, «Crítica...», p. 1005.

(142) Por ejemplo, deducir los deberes de garante por la mera existencia civil de un matrimonio sin tener en cuenta la comunidad de vida real, que es la determinante (JAKOBS *PG*, pp. 996 y 997).

25. Se decía mas arriba que la responsabilidad penal descansa sobre la idea del ámbito de organización que se atribuye al autor. Con mayor precisión, la atribución de la responsabilidad por el hecho exige al menos uno de estos requisitos: en primer lugar, la persona responde cuando se arroga el derecho de organizar (ser competente) en un ámbito en el que son otros los que están autorizados para configurarlo, esto se llama: responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización (*Organisationszuständigkeit*); en segundo lugar, las personas ostentan determinados roles y responderán si abandonan su rol, esto se llama: responsabilidad por la lesión a una institución (*institutionelle Zuständigkeit*) (143). De esta suerte, la comisión exige la actuación en una ajena competencia y la omisión la dejación en el ejercicio de una competencia propia. No obstante, continúa Jakobs, es posible unificar ambos supuestos, pues «la separación entre los ámbitos de organización es en sí misma una institución, convirtiéndose entonces la institución en la idea rectora» (144).

Ahora bien, el autor reconoce que esta diferenciación «*es equivalente*» a la de delitos de dominio y delitos por vulneración de un deber realizada por Roxin (145), lo que en atención al papel rector desempeñado por la institución, deberá significar en suma, que la responsabilidad por el hecho reside en la vulneración de un deber. De esta misma opinión es Schünemann, quien entiende que Jakobs se constituye en un firme partidario de la teoría de los delitos de deber (*Theorie der Pflichtdelikte*) de Roxin, en relación a los delitos impropios de omisión, haciendo de la misma una lectura normativa literal (146).

26. Después de esta larga exposición de argumentos concatenados, ¡por fin!, hemos podido desvelar el significado de lo que se oculta tras la expresión «*manifestación de una infracción a la norma*». El contenido de significado no es otro que el siguiente: la *objetivación*

(143) JAKOBS, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, 1992 (vid. *Estudios...*, p. 115, trad. Cancio Meliá).

(144) *Ibíd.*, p. 115.

(145) *Ibíd.*, p. 115, nota núm. 32; ROXIN, *Täterschaft...*, 1963, pp. 354 ss., 384 ss.

(146) SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, p. 24. Schünemann trata de establecer diferencias entre Roxin y Jakobs en este punto considerando que el primero no es un puro normativista. En mi opinión, con devoción de discípulo y poco fundamento entiende que en la teoría de los delitos de deber Roxin no llega a cortar toda conexión entre el deber especial, lo axiológico, con las estructuras lógico-objetivas de la realidad prepenal, lo ontológico, o si se quiere con la relación de dominio sobre la causa del resultado. Precisamente, Jakobs percibe el indudable fundamento normativo que asigna Roxin a la posición de garante en el ámbito de la competencia institucional para mostrar su aquiescencia.

de un comportamiento reside precisamente en la infracción de un deber (la norma).

Haciendo un breve repaso a todo lo anteriormente expresado. La vigencia del principio del hecho requiere de una conducta externa con capacidad de perturbación. Sólo puede perturbar una expresión de sentido comunicativamente relevante. La relevancia expresiva la proporciona únicamente aquella comunicación capaz de configurar ámbitos de organización reglados normativamente. Este tipo de comunicación sólo es susceptible de establecerse entre sujetos portadores de roles (personas). Los mismos están en posición de garante respecto de su ámbito de organización. La responsabilidad por la acción surge de arrogarse un ámbito de organización ajeno o por el abandono del propio. Ambas modalidades de responsabilidad implican la lesión de una institución, o lo que es lo mismo: *la vulneración de un deber jurídico*.

Este tipo de razonamiento fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la ley a puros predicados de valor conduce a una falacia normativista, consistente en argumentar basándose en conclusiones circulares (tautológicas) (147). Así, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante. Con ello, se ha construido un edificio conceptual de dudoso valor lógico-pragmático, donde las afirmaciones realizadas manifiestan una discutible utilidad (148).

El error metodológico reside en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la ley para la autoría en el actuar activo (también en la omisión); de suerte que, ya no tiene cabida preguntarse por las estructuras objetivas (propiedades de ser) que subyacen a todo juicio de imputación (149). En otras palabras, un uso no tautológico de los predicados de valor debe necesariamente establecer la referencia entre dicho predicado y la realidad concreta designada en aquél.

27. La cuestión más arriba enunciada nos introduce en la polémica relación entre ser y deber-ser (150). Permítanme realizar una breve reflexión sobre este tema que atañe a cuestiones fundamentales jurídico-filo-

(147) SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, p. 13.

(148) SERRANO/PIEDECASAS, «Crítica...», p. 983

(149) SCHÜNEMANN, «*Delitos de omisión*», p. 15.

(150) En relación con el tema: RADBRUCH, *FS für Laun*, 1948; STRATENWERT, «Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache», 1957; KAUFMANN, «*Analogie und 'Natur der Sache'*», 1965; WOLF, «Das Problem der Naturrechtslehre» 3 edic. 1964; ENGISCH, «*Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*» 1971. También, BOBBIO y MAIHOFER, ambos en ARSP, t. 58.

sóficas y que, por lo tanto, fijan «*ab initio*» las distintas concepciones dogmáticas. En efecto, los partidarios de un monismo normativo parten de la existencia de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus dominios no admiten ninguna clase de interacción; en tanto, quienes admiten que la realidad —«*die Natur der Sache*»— juega un papel orientador para el legislador y el Juez, la atribuyen con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y penetra en lo que es capaz ya de sentido y valor. Precisamente, la aguda discusión en torno al concepto jurídico-penal del resultado no debería desconocer este contorno epistemológico. Pues bien, en mi opinión, todos los que entendemos que la infracción penal reside materialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico reconocen en mayor o menor medida que las «*propiedades de ser*» son portadoras de significado. En concreto, «*la naturaleza de la cosa*» si bien admite numerosas y distintas configuraciones valorativas, también puede excluir alguna de ellas por ser plenamente inadecuada o ajena a la cosa (por ejemplo, las tentativas irreales respecto al logro del resultado). Las estructuras lógico-objetivas, en palabras de Hankel, se constituyen en pre-formas del Derecho y operan decisivamente en el proceso de formación del mismo (151).

6. Las posiciones doctrinales seguidas en España

28. 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 (152). Orientación que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador español. Considérese, por ejemplo, la fórmula empleada en el artículo ter-

(151) HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964. Traducida al español por E. Gimbernat «*Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*» 1964, p. 392. En este mismo orden de ideas, Schünemann entiende que el proceso de subsunción (interpretación) presupone una desnormativización anterior y suficiente de los conceptos jurídicos, so pena de aparecer aquéllos como fórmulas abstractas y alejadas de la realidad (ibíd., p. 13). Por eso, un concepto de acción del cual se escamotea el elemento ontológico del movimiento corporal, o de omisión del cual también se escamotea el de ausencia de movimiento, posibilita la construcción de un supraconcepto, por ejemplo el de acción de Herzberg o Jakobs, coherente desde una perspectiva axiológica, aunque desprovisto de toda utilidad.

(152) Así, JIMÉNEZ DE ASÚA hacía residir la punición de la tentativa en la peligrosidad de la acción (*La Ley y el delito*, 2 edic. 1959, p. 509); ANTÓN ONECA en la peligrosidad de la acción y de la voluntad manifiesta (*Derecho Penal I. Parte General*, 1949, p. 414.); RODRÍGUEZ MOURULLO y NÚÑEZ BARBERO en el peligro directo para el bien jurídico y en la resolución del autor («*Comentarios...*», p. 124 y *El delito imposible*, p. 55).

cero del Código penal de 1870, en la que se exige al autor del delito intentado que dé «principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores», ha sobrevivido en su literalidad a los avatares del tiempo hasta quedar reproducida en el artículo 16.1 del Código penal de 1995 (153). Situación radicalmente distinta a la seguida por el moderno legislador alemán, el cual conforme al §22, que sigue la fórmula abreviada del §24 del Proyecto Alternativo, considera autor de una tentativa a quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Es decir, lo determinante sería aquí el componente subjetivo.

Como se dijo al inicio de este capítulo, 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. Por esta razón, la tentativa no aparece en el centro de la polémica en torno a la naturaleza del ilícito penal, como hemos podido comprobar al examinar el desarrollo de las teorías subjetivas en Alemania. No obstante, la discusión surge con toda su virulencia con la tentativa inidónea. Aspecto que será tratado con particular atención al final de este trabajo.

29. La fundamentación objetiva del delito intentado seguida por nuestra doctrina se ha venido haciendo en base a dos distintas clases de argumentaciones: una efectuada desde una perspectiva político-criminal, y otra desde la perspectiva del merecimiento de la pena (154).

En el primer caso, se aduce la necesidad de fundar la punición en la existencia de un peligro objetivo, de lo contrario supondría aceptar una culpabilidad construida sobre la simple voluntad o ánimo antijurídico del autor. Precisamente, la vigencia del principio del hecho exige atenerse de forma exclusiva a los contenidos subjetivos manifestados en el comportamiento (155). Si el princi-

(153) Si bien acentuando las exigencias objetivas al requerir de aquellos hechos o actos exteriores que «*deberían objetivamente producir el resultado*» (art.16).

(154) FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pp. 28 ss.

(155) Argumento, que encuentra apoyo en la denominada «*teoría objetiva del plan*» de Schmidhäuser. Según ella, hay tentativa cuando objetivamente la voluntad delictiva se manifiesta en el comportamiento. No se puede afirmar lo mismo respecto al contenido de lo subjetivo asignado por esta teoría, comprensible en el marco del §22 StGB e inaceptable en el de los arts. 3 CPTR y 16 CP. En efecto, el contenido lo conforma el hecho de que el autor entiende que su plan conduce de manera inmediata a un resultado irremediable a la puesta en peligro del objeto jurídico (SCHMIDHÄUSER, *PG*, 15/55).

pio del hecho deja de operar como referente en la culpabilidad se reducirán las posibilidades de determinación de la pena potenciando el ejercicio de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos (156).

No exenta de ciertas dificultades, la redacción del artículo 52 del CPTR admitía desde la perspectiva del merecimiento de la pena una interpretación objetivada. Se decía, que la razón por la cual la tentativa merece una pena menor que la del delito consumado sólo puede explicarse en consideración al tipo objetivo, pues el dolo del delito intentado y consumado son idénticos (157). Esta opinión es hoy objeto de reparos por parte de un sector de la doctrina española (158). Según lo dicho anteriormente, si los contenidos de sentido del dolo sólo son deducibles del comportamiento exteriorizado y no de la actitud interna, es necesario convenir que existe un déficit de voluntad de ejecución en la tentativa respecto del delito consumado (159). Con mayor precisión, es admisible sostener que el dolo de la tentativa acabada es idéntico al del delito consumado, pues en ambos casos se ha agotado la vía ejecutiva, no sucediendo así con la tentativa inacabada. Por esta razón, Mir Puig entiende que el tipo subjetivo de ésta lo integra el dolo genérico, que alcanza la parte de ejecución conseguida, y un elemento subjetivo adicional del injusto, que exige la intención de completar la ejecución (160).

Siendo ésto así, habría que convenir con Struense, que la tentativa inacabada infringe una norma distinta que la tentativa acabada (161).

No soy de esta opinión. O bien la tentativa inacabada significa «*realización del tipo*» y entonces cualitativamente es lo mismo que la consumación; o bien no realiza el mismo tipo. En otros términos, si por comportamiento se entiende «*realización del tipo*», el déficit de desarrollo del componente subjetivo es sólo una cuestión de cantidad (162). Desde una perspectiva distinta de refle-

(156) BUSTOS RAMÍREZ, *Castigo*, p. 95.

(157) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, p. 81; «[...] la diferencia entre tentativa, frustración y consumación, es puramente objetiva, pues todas ellas presuponen la plenitud del elemento subjetivo» (CÓRDOBA RODA, en Comentario 7 al «TPG», MAURACH, p. 184); «*En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario el tipo subjetivo debe darse íntegramente y del mismo modo como aparece en un delito consumado*» (WELZEL, *PG*, p. 262).

(158) MIR, «*Sobre lo objetivo*», p. 664; FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, p. 131; SOLA, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996., p. 141.

(159) JAKOBS, *PG*, p. 866.

(160) MIR, *PG*, p. 344.

(161) STRUENSE, «*Versuch...*», pp. 528 ss.

(162) JAKOBS, *PG*, p. 866, nota n 33b.

xión, Muñoz Conde se adhiere a este punto de vista. «Si el concepto de injusto –dice– sólo se fundara en el desvalor de la acción, no sería necesario diferenciar la tentativa de la consumación». No obstante, el desvalor de resultado es también una parte integrante del concepto de la antijuridicidad, que al ser mayor en la consumación determina una mayor antijuridicidad de ésta. De ahí «que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas» (163).

30. A diferencia del CPTR, el Código penal de 1995 aporta elementos más contundentes para sostener un reforzamiento objetivo en la definición de la tentativa (164). En primer lugar, se margina de la regulación del artículo 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 artículo 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 (165).

Como se decía, 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. Así, los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que la tentativa inidónea o imposible es impune, ya que la «*peligrosidad*» de toda tentativa reside, en última instancia, en la representación mental que tenga del hecho el autor, aunque imponiéndole, como se verá, determinadas correcciones (166). Mientras, entre los autores que se decantan por una solución objetiva,

(163) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, pp. 431

(164) GIMBERNAT, «*Prólogo*», p. 22.

(165) BERDUGO y otros, *Lecciones...*, p. 238.

(166) CEREZO, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I y II*, 5 edic. 1995; del mismo, *Derecho Penal. Parte General*. UNED 1997; GRACIA MARTÍN, «*Política Criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España*», en *AP*, 1994; SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...* No obstante, parecería que las posiciones mantenidas por este último lo sitúan en una zona intermedia entre las teorías objetivas y subjetivas.

que puede considerarse la posición dominante, aparecen varias alternativas diferentes (167):

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 (168).

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* (169).

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 (170).

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 sí misma, sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Tesis defendida por mí en esta monografía (171).

31. La tentativa no es más que una forma adelantada de la punibilidad 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 (172).

La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico, junto al dolo, conforma el contenido de la antijuridicidad en

(167) No se entra a considerar, aquella teoría que justifica la impunidad del intento inidóneo aduciendo: que si tal característica reside en la falta de aptitud para crear o aumentar un peligro de lesión del bien jurídico, no se justifica la imposición de una pena. No obstante, en consideración a la peligrosidad social del sujeto sería pasible la imposición de una medida de seguridad (NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, p. 171; FERRER SAMA, «Comentarios», p. 240). Alternativa que no merece ser discutida dada la desaparición de las medidas de seguridad predelictuales en nuestro Código.

(168) GIMBERNAT, *Prólogo al Código Penal de 1995*, Tecnos, 1997.

(169) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.

(170) RODRÍGUEZ MOURULLO, «Las fases de ejecución del delito», en *RJC*, núm. extra, 1980; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código penal*, 1996.

(171) Tesis apuntada ya, aunque no desarrollada, en BERDUGO /ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 1996.

(172) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 431.

los delitos de peligro y en la propia tentativa. La postura aquí seguida concuerda plenamente con la adoptada por el Código penal vigente. Sólo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (art. 62 CP). Así pues, la presencia de un peligro normativo en el tipo objetivo constituye un elemento común para todas las formas adelantadas de punición.

No obstante, la principal diferencia entre la tentativa y los delitos de peligro surge de la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa (173). En efecto, en ella el tipo subjetivo debe darse plenamente, con el mismo contenido y de la misma forma a la requerida para la punición del delito consumado.

III. CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TENTATIVA

1. Consideraciones previas

1. El vigente Código Penal aporta suficientes argumentos legales como para fundamentar la punibilidad del delito intentado sobre bases objetivo materiales. En primer lugar, se deduce directamente del texto del artículo 16.1 CP la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa, ya que se exige al autor la práctica de «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado». En segundo lugar, en el artículo 62 la atenuación de la pena se hace depender del «peligro inherente al intento». Por último, la existencia del peligro requiere de una comprobación basada en criterios objetivos; condición que se deduce de relacionar dicho estado (art. 62 CP) con el contenido objetivo exigido para la producción de todo acto ejecutivo (art. 16.1 CP).

A la vista de esta acentuada objetivación en la regulación de la tentativa corresponde preguntarse sobre una serie de cuestiones que giran en torno a su contenido antijurídico. Se trata de un tema esencial, ya que del criterio adoptado se derivan los criterios que podrán servirnos para delimitar en su límite inferior y superior la tentativa de los actos preparatorios y de la consumación; asimismo, fundamentar

(173) ARZT/WEBER, *BT*, pp. 7 ss.

las razones que dogmática y político-criminal justifican el adelantamiento de la punibilidad; y, por último, resolver la cuestión de las denominadas «*tentativas inidóneas*». En todo caso, conviene tener muy presente, que el concepto de la tentativa se constituye en la «*pie-dra de toque*» de la teoría del injusto (174).

A continuación se expondrá en términos muy genéricos cuál es la teoría adoptada en orden a la naturaleza del injusto, para examinar luego el contenido de la norma recogida en el artículo 16.1 y finalizar refiriéndome a la inoportunidad de extender la regulación de la tentativa a los supuestos en los que falta el componente subjetivo de una causa de justificación.

2. La hipótesis de la que se parte es la siguiente: la tentativa conforma un injusto producto de la integración de su regulación general (art. 16.1 CP) con el respectivo precepto de la Parte Especial. *Injusto, donde el desvalor de la acción lo conforma la peligrosidad de la conducta y el desvalor de resultado la causación de un estado de peligro concreto para el bien jurídico correspondiente, consecuencia de la peligrosidad de la acción.*

2. Concepto del injusto: toma de postura

3. Entiendo que los tipos penales han de describir en su totalidad el comportamiento prohibido, circunstancia que nos lleva a suscribir la teoría de los elementos negativos del tipo. Como es sabido, esta teoría refleja la estrecha relación existente entre tipicidad y anti-juridicidad, al afirmar que los elementos de los que se deduce la justificación de una conducta, aun alejados, por razones estilísticas y técnico-legislativas, del tipo, pertenecen de hecho a él, porque sólo de la consideración conjunta de tipicidad y antijuridicidad se puede obtener la comprensión del injusto jurídico-penal (175).

En el injusto de un delito deben concurrir dos juicios que merecen una valoración jurídica negativa: un desvalor de acción y un desvalor de resultado. Para los causalistas el injusto se agotaba en el desvalor de resultado, no así para los finalistas que lo referían al desvalor de la acción seguido del desvalor de resultado. Sin embargo, una posición reciente considera que el tipo de injusto se agota en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor de resultado sólo per-

(174) MIR, en *Prólogo a la monografía «La tentativa»*, de FARRÉ TREPAT, p. XXV.

(175) Se han manifestado a favor de la teoría, entre otros: GIMBERNAT, *Estudios*, p. 141, nota n 31; BERDUGO, *Lesiones*, p. 31; MIR PUIG, *Función*, p. 59; LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, p. 251.

tenece a la punibilidad y con ello al tipo legal del delito en sentido amplio, pero no al tipo de injusto en sentido estricto (176).

Desde esta perspectiva la antijuridicidad del delito intentado y consumado es idéntica; en ambos casos la infracción de la norma está completamente perfeccionada puesto que las respectivas acciones merecen la misma valoración negativa. La distinta naturaleza del castigo en una y otra forma de aparición del delito deberá, entonces, justificarse en sede de la punibilidad. Esta posición se basa en que el Derecho no puede prohibir resultados, algo constatable *ex post* y dependiente del azar. Coincido con Muñoz Conde, cuando afirma, que la polémica existente entre desvalor de acción *versus* desvalor de resultado es superflua: «No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos ya que ambos contribuyen, en el mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento» (177). Los mandatos y las prohibiciones, solamente adquieren sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan, si la conducta se pone en relación con determinado bien jurídico. En otros términos, el contenido formal de la antijuridicidad sólo resulta relevante tras constatar materialmente la antijuridicidad del comportamiento; el desvalor de la acción no es un juicio autónomo, sino en referencia al desvalor de resultado. Además, la producción o no del resultado no es fortuita, como se pretende, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva (178). En definitiva, la esencia del problema reside en que estas posiciones desconocen o no le dan la debida importancia al aspecto de norma de valoración que también tiene la norma infringida (179).

4. Es de todos conocido, que la norma de valoración expresa un mero «*deber ser impersonal*» de forma que caracteriza como deseables o indeseables ciertos estados o sucesos; en tanto que la norma de determinación –la norma imperativa– contiene mandatos o prohibiciones, esto es normas de conducta, con las que se busca determinar

(176) «Al no poderse prohibir los resultados, sino sólo las conductas que pueden producirlos, únicamente el desvalor de la acción (objetivo y subjetivo) puede integrar el injusto» (MIR PUIG, *PG*, p. 145).

(177) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 322.

(178) Por eso, el desvalor de la acción juega un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de la acción, por mucho que haya desvalor de resultado no puede haber antijuridicidad. Pero, de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se debe deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior.

(179) LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 338.

el comportamiento de los ciudadanos. Desde una perspectiva exclusivamente valorativa es factible elaborar una antijuridicidad fundada sólo en datos objetivos. No obstante, una configuración imperativa de la norma hace imprescindible la inclusión de ciertos elementos subjetivos en la infracción de la misma (180). A la vista de la regulación de la tentativa en el Código Penal, cabe preguntarse si el contenido valorativo de la norma se antepone al imperativo.

Se afirma, que un Derecho penal abocado a la protección de determinados bienes jurídicos, a través de la prevención y respeto a las garantías, sólo es compatible con una norma jurídico-penal de contenido imperativo. Si bien esta conclusión es cierta, no obstante, hay que preguntarse acerca del grado de exclusividad de ese contenido.

Comparto los reparos manifestados por Larenz respecto a una aceptación sin límites de la teoría de los imperativos, según la cual, todas las disposiciones jurídicas pueden reducirse en última instancia a normas que prohíben o mandan una determinada conducta. «El mandato, argumenta Larenz, tiende inmediatamente al acatamiento; la disposición, a que lo dispuesto sea aceptado en adelante como regulativo, que vale en sentido normativo» (181). Sin duda, la norma jurídico-penal expresa con mayor nitidez respecto de otras su contenido imperativo, pero no es cierto, como afirma algún autor, que su carácter imperativo lo sea *stricto sensu* (182). Resulta imposible olvidar, que el establecimiento de normas es un acto constitutivo (de valoración), mediante el cual hechos y relaciones son configurados en el plano de lo jurídicamente vigente (183). Decir, que si el legislador prohíbe determinado comportamiento, se debe a que ya *previamente* ha valorado como preferible su evitación (184), no deja de ser un arbitrario ejercicio reduccionista. Al respecto, remito al lector a las consideraciones hechas sobre el monismo normativo que Jakobs desarrolla hasta sus últimas consecuencias. Por lo dicho allí, esa tesis se elabora a partir del reconocimiento de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus ámbitos de aplicación no admiten ninguna clase de interacción. Lo cual, desde una perspectiva epistemológica y político-criminal (185).

(180) Sobre este tema, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* pp. 334 y ss.

(181) LARENZ, *Metodología*, p. 248.

(182) MIR, *Introducción*, p. 53; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 338.

(183) LARENZ *Metodología*, p. 248

(184) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 341

(185) Tal concepción implica, en sus formas más radicales, una orientación autoritaria que compatibiliza más con un Derecho penal de autor que con un Derecho

5. La norma penal, como cualquier otra, es tanto norma de determinación como norma de valoración, pues aquélla se basa en ésta, en valoraciones positivas y negativas (186); lo cual no impide reconocer a las mismas un contenido *predominante imperativo*. Ahora bien, el *injusto sólo puede ser el comportamiento capaz de producir el resultado* (187). Por eso, la exteriorización de una voluntad contraria al imperativo de la norma no basta para caracterizar de antijurídica una conducta, se requiere además la materialización de la lesión del bien jurídico.

3. La peligrosidad de la acción

6. El injusto de la tentativa requiere de la realización de una acción peligrosa y derivada de ella la producción de una situación de peligro. Como veremos, esta opinión no es compartida por la mayor parte de la doctrina española y ello por dos razones: primero, porque desde una perspectiva ontológica no se distingue el peligro como duración o permanencia (resultado) de la peligrosidad de la acción (188); y en segundo lugar, consecuencia inmediata de esa falta de distinción, la ausencia de interés en proporcionar un concepto normativo de peligro integrable a la estructura típica de la tentativa (189). Es posible afirmar que la doctrina española no ha prestado suficiente atención a esta diferencia fundamental dando lugar a un uso ambiguo de tales términos. La peligrosidad es una simple característica de la conducta, independiente del estado de peligro en el que pueda encontrarse un objeto jurídico (190).

En lo que sigue, me limitaré a fijar en términos generales mi posición sobre este primer elemento objetivo del delito intentado: la peligrosidad de la acción.

El Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social a través de la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común que se concretan en una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos (191).

penal de hecho, al dejar en segundo plano la valoración sobre la afectación del bien jurídico, concepto clave en un sistema penal democrático (BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *PG*, p. 123) resulta inaceptable.

(186) LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 341.

(187) KINDHÄUSAER, *Gefährdung*, pp. 59 a 62.

(188) *Supra* IV/12.

(189) *Supra* IV/15.

(190) HIRSCH, «Gefahr», p. 548.

(191) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *Lecciones*, p. 5.

Su protección conlleva una serie de importantes consecuencias, así para la aplicación de la ley penal, se exige que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Este principio de lesividad requiere, además, que lo que se incrimine sean «hechos», y no meros pensamientos, actitudes morales o modos de vida (192). Desde la aceptación de estos principios, la peligrosidad de la conducta se erige entonces en ineludible requisito para determinar su antijuridicidad.

La prognosis de la peligrosidad es determinante para establecer la potencialidad lesiva de un comportamiento (193), de ahí su semejanza con la estructura de un delito de peligro abstracto. El juicio sobre el peligro proveniente eventualmente de la acción tiene que ser emitido en el instante de la acción, es decir *ex ante*. Su contenido es probabilístico, indicando así que una parte de las condiciones esenciales es desconocida en el comienzo de la acción. La pregunta decisiva, no obstante, reside en determinar las bases de conocimiento a partir de las cuáles se realiza la prognosis.

Descartada la posibilidad del observador omnisciente en conocimiento de todas las circunstancias concurrentes, sólo quedan dos alternativas:

- a) Juicio emitido por un observador objetivo provisto del conocimiento y de las capacidades del autor.
- b) Juicio emitido en base a las circunstancias cognoscibles para el observador.

La primera solución se adscribe a una concepción subjetiva y parte de esta premisa: todo lo que tiende finalmente a la lesión de un objeto de bien jurídico es contraria al deber, es decir es un ilícito. Por eso, aunque la acción no represente ninguna clase de peligro esa potencialidad se alcanzará igualmente, por el juicio de desvalor (la contrariedad al deber), como una acción realmente peligrosa. Ésta es la razón que obliga a que la prognosis se remita al conocimiento, sobre la situación de hecho, del autor (194). Desde esta perspectiva carece de sentido distinguir la tentativa idónea de la inidónea, ya que el fundamento de su castigo es el mismo: la voluntad contraria a la norma.

La segunda alternativa, aquí compartida, toma en consideración no sólo la representación del autor (saber ontológico), sino además las

(192) *Ibíd.*, p. 49.

(193) Para más detalles, véase SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, pp. 79 y ss.

(194) ZIELINSKI, *Disvalor*, pp. 215 a 220.

circunstancias cognoscibles de la situación por parte de un observador imparcial (195). De esta forma no cuenta la previsibilidad subjetiva o individual, que en todo caso será relevante para la culpabilidad, sino la objetiva. Lo esencial es si el hombre medio, colocado en la posición del autor, en las condiciones más arriba enunciadas, pueda prever que la acción reúne las condiciones suficientes para provocar la lesión (196). En definitiva lo que se establece por esta vía es si la acción es por sí misma adecuada para producir el resultado típico o lo que es lo mismo si la acción supone una creación de riesgo penalmente relevante.

La creación de un riesgo relevante no implica que ya merezca desaprobación penal. Significa, tan sólo, que la acción contiene al menos algo de peligrosidad y por lo tanto hay un indicio de antijuridicidad, condición suficiente para fundar la imputación objetiva. El juicio de desaprobación requiere discernir si ese riesgo está o no permitido. Si luego, pese a esa relevancia inicial, de la ponderación de intereses se deduce que el riesgo está permitido, estamos ante una causa de justificación, que excluye la antijuridicidad y con ello el tipo total del injusto (197).

4. El peligro como resultado

7. En la hipótesis más arriba formulada, se afirmaba que el peligro inherente a toda tentativa constituye un resultado de peligro concreto. Asimismo, en el artículo 16.1 se menciona expresamente el término «resultado», al decir: «practicando todos o parte de los actos que objetivamente *deberían producir el resultado*» (198). Si bien, el resultado al que se hace mención hace su aparición en diferentes injustos, es conveniente aclarar desde ya: primero, que éste no debe interpretarse desde una perspectiva natural, sino jurídica; y, segundo, que el resultado debe atribuirse a la acción en virtud de un juicio objetivo de imputación y no en base a la mera constatación del nexo causal.

Tradicionalmente, la doctrina española ha entendido la producción del resultado en un sentido eminentemente causal, como un requisito de la tipicidad del delito intentado respecto al delito consu-

(195) ENGLISH, *Kausalität*, pp. 55 y 56; MIR PUIG, *Sobre lo objetivo*, p. 663.

(196) LUZÓN PEÑA, *PG*, pp. 378 y 379.

(197) *Ibíd.* *PG*, p. 382.

(198) El CPTR en el artículo 3.II en relación con la frustración, decía: «...y practica todos los actos de ejecución que *deberían producir como resultado el delito*»; y, respecto de la tentativa en el párrafo III del mencionado artículo: «y no practica todos los actos de ejecución que *debieran producir el delito*.»

mado descrito en la parte especial (199). De ahí se extraían dos consecuencias. La primera inobjetable: sólo será posible apreciar la existencia de un principio de ejecución directa, cuando los hechos exteriores sean susceptibles de ser subsumidos por la acción descrita en el tipo. No así la segunda conclusión: el resultado entendido como modificación del mundo exterior es consecuencia de un proceso causal (200). Ni es cierto que el resultado sea una propiedad del ser, ni que la atribución del resultado a la acción sea deducible de la mera existencia de un nexo causal.

El resultado no debe entenderse en un sentido ontológico, sino jurídico. La realización del injusto, al menos desde nuestra perspectiva alejada del monismo normativo, supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por eso, el *delito como resultado* está constituido por la total realización del injusto. En concreto, el injusto de la tentativa lo conforma, como ya se dijo, el tipo de un delito de resultado de la Parte Especial, en el que, ante la ausencia de un resultado de lesión, se anticipa la punición por la presencia de un resultado de peligro (201).

Esta concepción del resultado lleva a importantes consecuencias en la apreciación de las formas imperfectas de ejecución, ya que la producción del resultado debe ser tomada en cuenta en relación a las restantes características del tipo. Así, el que con ánimo de perjudicar, rompe una valiosa porcelana de su propiedad, creyendo que pertenecía a su enemigo, el «*resultado*» aparecerá en forma de restos de cerámica esparcidos en el suelo; pero como el artículo 263 del Código Penal reconoce sólo como resultado típico el perjuicio de la propiedad ajena, la acción quedará en el grado de tentativa (202). Valga también decir, que entender el resultado como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico abre la posibilidad de ampliar el régimen de la tentativa a los delitos de mera actividad (203).

(199) CÓRDOBA RODA, nota 8 al TPG de Maurach, pp. 189 y 190.

(200) Sobre las negativas consecuencias que se derivarían de admitir una acepción ontológica del resultado en orden a la delimitación entre frustración y consumación, véanse MAURACH (PG, p. 180) y CÓRDOBA RODA (en *op. cit.* nota 8, pp. 188 y 189). Posiblemente, el mencionado argumento haya servido para descartar la existencia de tentativa en los delitos de mera actividad (FERRER SAMA, *Comentarios*, p. 64; CUELLO CALÓN, PG, pp. 579 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, PG, pp. 375 y ss.)

(201) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 123.

(202) MAURACH, PG, p. 180.

(203) La discusión en torno a la posibilidad de que los delitos de mera actividad admitan tentativa nos remite al arduo problema de la distinción de estos delitos con los de resultado. Los criterios manejados siguen siendo objeto de viva polémica. En todo caso, la opinión dominante admite tentativa sólo en aquellos tipos de mera acti-

8. Queda por aclarar una segunda cuestión y es la relativa a la naturaleza del juicio utilizado en la atribución del resultado (de peligro concreto) a la acción. Es decir, si el contenido del mismo es meramente cognoscitivo o debe ser complementado por otro juicio de naturaleza normativo. Nada mejor, que introducirnos en este debate por vía de algunas reflexiones realizadas por Cobo del Rosal y Vives Antón sobre el tema (204).

El principio de ejecución, afirman los mencionados autores, se manifiesta con el comienzo de la violación de la norma. Criterio sumamente impreciso salvo que se fije con claridad el momento inicial de dicha violación; circunstancia que dependerá, a su vez, de la concepción de la norma que se tenga. Dado que, la violación comienza con la creación de un peligro objetivo, al menos abstracto para el bien jurídico, la norma será de valoración. La producción del peligro, razonan Cobo y Vives, plantea de inmediato el problema de la idoneidad de los actos realizados para la producción del resultado típico y, con él, *el del valor de la causalidad como criterio delimitador de la ejecución* (205). Ejecutar es «poner por obra el tipo y el tipo solamente se pone por obra cuando se ha puesto en marcha la causalidad material hacia su producción» (206).

Si, como parece cierto, la tentativa implica la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico como resultado, entonces, el meollo de la cuestión reside en determinar la naturaleza de la relación de causalidad. No podemos olvidar, que la distinción entre la naturaleza ontológica del problema causal, y la cuestión de su trascendencia jurídico-penal está vinculada íntimamente a la esencia de la antijuridicidad (207). La tesis más arriba expuesta entendía, a partir de un concepto natural de la acción, que la relación de causalidad es una

vidad que *materialmente* equivalgan a delitos de resultado, por ejemplo las injurias, la violación, los abusos deshonestos, el allanamiento de morada, etc. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que es posible la realización imperfecta siempre que la conducta del tipo de mera actividad sea fraccionable en actos ejecutivos (*Comentarios*, p. 142); o JESCHECK, cuando la actividad no se consuma inmediatamente, sino que requiera un cierto espacio de tiempo para ello (*PG* p. 713); en el mismo sentido nuestro TS para aquellos delitos susceptibles de ser realizados en varios actos (en un caso de allanamiento de morada, STS 27.5.68, cohecho, STS 3.4.65, abusos deshonestos, STS 18.11.69, violación, 24.10.72, etc.)

(204) En lo que sigue, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, pp. 549 y 550.

(205) Según los citados autores, junto al criterio de acción típica entendida según la concepción material, se propone un segundo criterio corrector conformado por el injusto típico (cit. p. 550).

(206) Cit. p. 550.

(207) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss.

condición necesaria y suficiente para establecer la relevancia jurídico-penal del resultado. De ahí, se seguía una acepción objetivada de la antijuridicidad expresada a través de normas de valoración.

No obstante, y a pesar de que la redacción en extremo objetiva del artículo 16.1 podría confirmar tal punto de vista, su interpretación no debe ser realizada en tal contexto. En efecto, el sentido de los mandatos y prohibiciones contenidos en la norma penal alcanza sólo a aquellas conductas que la voluntad humana puede observar. Es decir, de resultados que la persona pueda prever o evitar. Por consiguiente, los mandatos sólo pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones, la evitación de un resultado no deseado por el legislador (208). Si el resultado producido por el comportamiento doloso o negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber (mandato), el autor estará exento de responsabilidad (209). Por eso, un concepto de acción lleno de contenido natural no puede convertirse en el fundamento del sistema penal. «Sólo la tipicidad, afirma Honig, crea el objeto de enjuiciamiento y con ello el fundamento de la responsabilidad» (210). De donde, no toda puesta en peligro interesará al Derecho penal, sino sólo aquel riesgo que suponga una posibilidad objetiva de pretender la realización de un resultado típico. Con ello no se quiere aludir a una pretensión subjetiva del resultado, sino a que el resultado se pueda concebir como dispuesto finalmente. En otras palabras, se trata de una finalidad objetiva, no subjetiva, que exige la posibilidad de control de un curso causal o de dominabilidad humana sobre el mismo (211). De este modo, se produce un cambio de perspectiva dogmática en la atribución del resultado a la acción: desde la causalidad a la imputación; desde el plano ontológico al normativo. Si la acepción jurídica de resultado nos permite visualizar como otra forma de aquél el peligro concreto, entonces «la práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado» (art.16 CP) debe establecerse en base a un juicio de imputación objetiva.

En suma, el resultado debe entenderse en un sentido jurídico y no material, de donde la producción del resultado a la que alude el artículo 16.1 CP debe ser interpretada en el sentido de realización del delito. Asimismo, la creación de un peligro objetivo no se configura sólo por la vía de una norma de valoración, aun cuando se reconozca

(208) ROXIN, *Problemas*, p. 129.

(209) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 142 y ss.

(210) Cit. por ROXIN, *Problemas*, p. 130.

(211) BERDUGO y otros, *Lecciones*, p. 142.

el contenido previamente dispositivo del precepto legal, sino también de determinación. Y ello, debido a la ausencia de valor jurídico adjudicado a la causalidad y sí a la presencia del juicio de imputación objetiva.

5. La falta del elemento subjetivo en una causa de justificación y su posible tratamiento por vía de la tentativa

9. Sin embargo, queda aún otro aspecto necesario de examen derivado de la incorporación al artículo 16.1 del término «*resultado*». Me refiero a la posibilidad de aplicar la regulación de la tentativa a los casos de falta del elemento subjetivo de una causa de justificación. Sería el caso, de quien con ánimo de dañar rompe la luna de un escarparte salvando, sin saberlo, la vida del vigilante amenazado de asfixia por un escape de gas. Si bien, es posible afirmar que en tal caso no se ha producido el delito como hecho antijurídico, materialmente no puede negarse que el autor ha conseguido con su comportamiento el «*resultado*» perseguido.

Esta cuestión vuelve a poner en primer plano la viva polémica existente entre los que son partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo y sus detractores. Así, los primeros aplican la pena señalada a la tentativa por entender que no se ha llegado a la consumación del delito (212). Para ellos, lo que fundamenta el desvalor del resultado no es el resultado típico, sino el resultado del injusto, es decir la concurrencia de todos los elementos del tipo, positivos y negativos (213). Por eso, la ausencia del componente subjetivo de un elemento del tipo (negativo) haría quedar el delito en grado de tentativa (idónea o inidónea) (214). Materialmente, dice Mir, tal situación es equiparable, por analogía, a la tentativa en la medida que *ex ante* un espectador imaginario, con el mismo conocimiento que el autor, hubiera podido caer en el mismo error que éste (215).

(212) JESCHECK, *PG*, p. 449; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 51; HUERTA TOCILDO, *Antijuridicidad*, p. 121; LUZÓN PEÑA, *Comentarios V* p. 254; MIR PUIG, *Función*, p. 89.

(213) La tradicional objeción formulada a esta teoría, de suprimir la diferencia valorativa entre el comportamiento jurídicamente irrelevante y el comportamiento permitido, se salva si se considera la identidad jurídico-penal de ambos al tratarse de comportamientos que la ley no quiere evitar (BERDUGO, *Honor*, p. 33).

(214) Entre otros, LUZÓN, *PG*, pp. 579 y ss.; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 51; MIR, *PG*, p. 451; JESCHECK, *PG*, p. 296; BAUMANN-WEBER, *AT*, pp. 292-293; MAURACH/ZIPF, *PG*, p. 432; JAKOBS, *PG*, pp. 433 y ss.; ROXIN, *PG*, p. 600.

(215) MIR PUIG, *PG*, edic. 1990, p. 451

Aquellos, en cambio, que son partidarios del mantenimiento de un sistema dualista del injusto consideran forzado extender el concepto de tentativa a estos supuestos. Consideran que con la realización de todos los elementos del tipo (positivo) se alcanza el momento consumativo (216). En consecuencia, la disminución de la pena no debe buscarse por intermedio de la tentativa, sino por la vía de la atenuante analógica (217) o incluso por una eximente incompleta (218). Asimismo, Cerezo opina que a tenor de lo regulado en el artículo 16.1 CP la «*falta de producción del resultado*» es un requisito o elemento de la tentativa (219). Si bien, no se puede deducir de tales condicionamientos legales, la inaplicabilidad de la teoría de los elementos negativos, como afirma Cerezo (220), es preciso reconocer que esos condicionamientos dificultan enormemente la posibilidad de tratar por intermedio de esa teoría estos supuestos (221).

La solución de la eximente incompleta no resulta del todo justificable, pues al tratarse el elemento subjetivo de un elemento esencial de las causas de justificación, su ausencia impide apreciar directamente la eximente incompleta (222). Convence más apreciar en estos casos la atenuante analógica sexta del artículo 21 del Código Penal. En efecto, es posible establecer analogía respecto al contenido específico que constituye el fundamento particular de la circunstancia atenuante primera del artículo 21 y por esa vía también, respecto al efecto de modificación de injusto, culpabilidad o punibilidad. No obstante, como señala con acierto Sola Reche, no resulta nada claro, que por este camino podamos alcanzar la misma pena que con la tentativa, pues la equiparación quedaría condicionada a la cualificación de la atenuante (223).

(216) En este sentido, Hirsch. Los tipos aprehenden perjuicios a bienes jurídicos en cuanto realidades sociales. El derecho se encuentra vinculado a la estructura óptica del bien jurídico realmente existente, por ello debe reconocer al homicidio, por ejemplo, como un daño consumado del bien jurídico y como la realización del tipo respectivo (HIRSCH, *LK*, n 61).

(217) MAQUEDA, *Elementos subjetivos*, pp. 7 y 8; DÍAZ RIPOLLÉS, *Antijuricidad*, p. 748.

(218) COBO-VIVES, *PG*, p. 390. También se adhiere a esta posibilidad MIR, *PG*, p. 451, aunque sin renunciar a la posibilidad de apreciar tentativa.

(219) CEREZO, *PG II*, p. 191.

(220) «La teoría de los elementos negativos del tipo es errónea y en nuestro Código no es aplicable sin violentar el espíritu o la voluntad de la ley» (CEREZO, *PG II*, p. 88).

(221) SILVA, *El nuevo Código*, p. 123.

(222) CEREZO, *PG II*, p. 192; SOLA, *Tentativa inidónea*, p. 158.

(223) SOLA, *Tentativa inidónea*, p. 159.

En todo caso, la imputación del hecho en tanto que antijurídico y consumado no es de recibo, pues entonces estaría permitido impedir que el autor realice el resultado, no nos olvidemos, de un resultado objetivamente salvador. Tampoco, la impunidad es una solución adecuada, pues el autor defrauda unas expectativas por desconocer el motivo justificante. La aplicación paralela de la tentativa no puede ocultar la diferencia que existe entre la tentativa en sentido estricto, ausencia de un resultado de lesión típico, y los supuestos sujetos a examen, presencia de resultado en el tipo positivo ausencia de desvalor de resultado. Si a esto le unimos, como vimos, que las soluciones por la vía de una eximente incompleta o de la atenuante analógica no están exentas de reparos, lo más adecuado sería proponer de *lege ferenda* una regulación específica para estos supuestos, extensiva a los casos que plantea la suposición errónea de la realización de un tipo de justificación (224).

IV. LA APARICIÓN DEL PELIGRO EN EL RESULTADO

1. Planteamiento del problema

1. De acuerdo con el texto del artículo 15 CP, sólo son punibles el delito consumado y la tentativa, definiéndose esta última como sigue: «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» (art. 16.1 CP). La primera parte de la definición legal nos sitúa ya en el campo de la fase externa –hechos exteriores– y, más concretamente, en la fase ejecutiva –el sujeto da principio a la ejecución del delito–; de donde se deduce con carácter general, que nuestro sistema punitivo rechaza el castigo de la fase preparatoria (225) y circunscribe la punibilidad a la fase de ejecución.

El problema inmediato que se nos plantea es averiguar qué criterios debemos seguir para detectar ese «*principio de ejecución*». Pues bien, el propio Código Penal nos orienta en la solución del problema al requerir la presencia de un peligro con aptitud objetiva de lesión en

(224) JAKOBS, *PG*, p. 434, nota 35.

(225) Excepcionalmente la conspiración, la proposición y la provocación sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley (arts. 17.3 y 18.2 CP).

el delito intentado. En efecto, el artículo 16.1 exige que el autor practique todos o parte de los actos «*que objetivamente deberían producir el resultado*», añadiendo a la antigua definición ese adverbio –*objetivamente*–, lo cual constituye una importante novedad pues expresamente se prohíbe al Juez que constate la proximidad de lesión al bien jurídico con arreglo a la idea que el autor tenga de su plan delictivo, sino en base a criterios externos, objetivos (226). Orientación confirmada en el artículo 62 CP, al exigir en orden a la medición de la pena tener en cuenta «*el peligro inherente al intento*», lo que corrobora la idea de que no cabe hablar de tal delito sin la presencia de un peligro objetivo para el bien jurídico (227).

La cuestión, sin embargo, atañe a cómo han de valorarse las circunstancias del hecho que conforman el peligro, ya que se expresan de distinto modo desde la perspectiva del autor –*subjetivamente ex ante*–, que con arreglo a un juicio general –*objetivamente ex ante*–, o incluso tras la ejecución del hecho –*ex post*–. Aquí, vamos a examinar solamente las dos últimas perspectivas: la objetivo-subjetiva y la objetiva (228); no así la puramente subjetiva por entender que hoy se encuentra plenamente superada (229). En todo caso, conviene adelantar que el juicio de peligrosidad o de peligro efectuados en el marco de la teoría mixta u objetiva se realizará siempre en referencia al concreto bien jurídico objeto de la amenaza y, en consecuencia, al tipo previsto en la Parte Especial.

El rasgo distintivo de la teoría objetivo-subjetiva utiliza como criterio delimitador el plan del autor valorado ya desde una perspectiva externa y no sólo en consideración de su propio parecer. El momento

(226) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 435.

(227) Resulta muy ilustrativa al respecto la sentencia del Tribunal Supremo, que considera como acto preparatorio impune un hecho que fue calificado en primera instancia como tentativa de violación. El Tribunal no niega que el autor tuviera intención de atentar contra la libertad sexual de la víctima, pero sí que los actos hubieran alcanzado, objetivamente, ese momento del *iter criminis* (STS, 12 de julio de 1995).

(228) En lo que sigue se adoptan las consideraciones realizadas por BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDCASAS, en «Curso», pp. 234 y ss.

(229) Según ella lo decisivo para establecer el límite entre acto ejecutivo y preparatorio residía en la opinión del sujeto acerca de su plan criminal. Solución inadmisibles, ya que la determinación del momento a partir del cual los actos son punibles no puede dejarse librado al autor, sino que corresponde a la Ley, tal como viene exigido por el principio de legalidad (MIR PUIG, *PG*, p. 337). Tampoco, nos detendremos a examinar la teoría objetivo-formal igualmente abandonada en la actualidad por la doctrina española y alemana. Según la misma, la tentativa comenzaría con el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto, muestra de una forma circular de razonamiento, pues lo decisivo es precisar cuándo da comienzo la acción típica.

objetivo se incorpora por vía de la valoración que la sociedad hace del mencionado plan. Juicio emitido por un observador imparcial situado en el lugar del autor y en posesión de todos los conocimientos que aquél tenía antes del hecho. Se trata pues de un criterio normativo-social que se limita a ponderar la potencialidad lesiva de la acción. En consecuencia, el peligro lo sitúa en la acción y no concibe que pueda aparecer como resultado.

Esta fórmula diseñada por Engisch y acogida por Welzel fue utilizada como filtro o criterio de selección de las causas adecuadas para la producción del resultado (Teoría de la adecuación). Perspectiva acogida también por la mayor parte de la doctrina alemana a la hora de valorar cuándo resulta relevante «*la representación del hecho*» del autor de una tentativa (§ 22 StGB). Asimismo, esta tesis goza de un gran predicamento en la doctrina española evidenciando la aceptación, a veces acrítica, de todo lo que provenga de la dogmática alemana. Así, se pretende utilizar un instrumento allí diseñado, en orden a la objetivación de una condición de naturaleza subjetiva como resulta ser el plan del autor, en un contexto legal como es el del artículo 16.1 en donde ni se hace mención de tal requerimiento (230). Con ello no queremos decir que el plan del autor no deba ser tenido en consideración al analizar la peligrosidad de la acción, sino que este juicio hipotético debe ser confrontado con la constatación *ex post* de la efectiva producción del peligro para el bien jurídico. Por esta razón, al no haber peligros concretos inidóneos tampoco caben tentativas inidóneas.

La teoría objetiva, sin embargo, se caracteriza por analizar los hechos desde la neutralidad de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera a que sus acciones le delaten, es decir, a que los actos por él ejecutados reflejen a un tiempo el peligro para el bien jurídico y, consecuentemente, el dolo con que se ejecuta la acción. Lo

(230) Mir Puig entiende, por el contrario, que tal perspectiva es adecuada para resolver el problema del comienzo de la tentativa en nuestro Derecho, puesto que la regulación del artículo 16.1 es muy próxima a la alemana. «*La diferencia*, afirma, *es que nuestra fórmula no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero tal necesidad me parece evidente*» (MIR, PG 4.^a edic. p. 340). Tal afirmación la justifica contemplando a la acción en sus distintos momentos dotados de unidad de significado (fórmula de Frank). Es decir, situando el peligro en la acción. Lo que resulta contradictorio con la afirmación, hecha más adelante, de que en la tentativa idónea concurre un peligro concreto (ibíd. PG, p. 347). Y, si ello es así, la estructura del peligro concreto exige que aquél aparezca como resultado por vía de una valoración *ex post*. La única salida que quedaría sería considerar, al igual que con el resultado de lesión, ese resultado como una condición objetiva de punibilidad. Con lo que se alcanza una notable distorsión e inseguridad interpretativa del artículo 16.1 CP.

que con esta teoría se destaca es el importante papel que desempeña el principio del hecho (*Tatprinzip*) en orden a establecer el contenido de la antijuridicidad. Quizás pueda parecer que de esta forma se haya de esperar demasiado para intervenir penalmente, pero debe recordarse que el principio de intervención mínimo es un principio político-criminal irrenunciable. Posiblemente, el legislador haya tenido en cuenta estas observaciones antes de tomar la importante decisión de inclinar expresamente la definición legal de la tentativa hacia el lado objetivo, cerrando así el paso a cualquier atisbo subjetivo.

2. La antijuridicidad de la tentativa reside en la puesta en peligro de un bien jurídico determinado y no en un mero juicio de peligrosidad, aun cuando se haya pretendido objetivarlo por intermedio de un juicio social (231). Según nuestra tesis, toda tentativa crea una situación de peligro. En los grados de desarrollo más completos de ejecución del delito, esa puesta en peligro alcanzará la cualidad de la concreción, caso contrario, si apenas se ha dado principio de ejecución, el contenido concreto del peligro se manifestará en su grado mínimo, rozando ya la mera peligrosidad de la acción.

Valga decir, a efectos expositivos, que esta opinión no es compartida por un sector significativo de la doctrina española la cual considera suficiente para todo tipo de tentativa la *peligrosidad de la acción*, pero no la producción de un resultado de peligro. Así, para Cerezo, «la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, aparece ahora junto al dolo, como elemento cofundamentador del injusto de la tentativa» (232); para Gracia Martín la idoneidad de la tentativa requiere de la peligrosidad de la acción en concurrencia con el dolo de consumar el delito, mientras que en la tentativa inidónea solamente concurre la voluntad de consumación, ya que la acción no es peligrosa *ex ante* (233); Polaino Navarrete entiende que el fundamento de la punición en la tentativa no reside en la situación de peligro generada, sino en «la dirección de la voluntad del sujeto» (234); Pérez Álvarez, «el peligro no afecta al ámbito del resultado típico» (235); Sola Reche, es suficiente para fundamentar la punibilidad de la tentativa la peligrosidad de la conducta y no el resultado de peligro (236).

(231) Mir Puig dice al respecto: «la peligrosidad (de la acción) deber ser una característica objetiva, incluso independiente de la creencia del sujeto si ésta no se fundamenta en criterios socialmente asumibles» (MIR, «Sobre lo objetivo», p. 663.)

(232) CEREZO, *PG II*, p. 11.

(233) GRACIA MARTÍN, «Política Criminal», p. 353.

(234) POLAINO NAVARRETE, «El bien jurídico», p. 131.

(235) PÉREZ ÁLVAREZ, «Protección penal», p. 211.

(236) SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, pp. 252 y 253.

En general, todos estos autores introducen una serie de correctivos de contenido sumamente abstracto dirigidos a cerrar el paso a una simple fundamentación subjetiva del injusto. Así, uno de ellos consistiría en exigir que la producción del resultado aparezca *ex ante* como una consecuencia «no absolutamente improbable»; previsibilidad objetiva definida en términos de la teoría de la causalidad adecuada de Engisch (237). A ello hay que objetar, simplemente, que la constatación del riesgo debe efectuarse por vía de la imputación y no en base a consideraciones ontológicas. Una cosa es la disposición final de la acción (*natur der sache*) y otra, la pretensión objetiva de realizar el tipo (juicio de imputación). Además, invocar aquí la teoría de la causalidad adecuada sólo tendría sentido si se hiciera aparecer al peligro en el resultado y, en absoluto, como peligrosidad inherente a la acción, es decir como una forma abstracta de peligro.

Más próxima a la teoría de la impresión es la posición mantenida por Mir Puig, aun cuando admita para la tentativa idónea la presencia de un peligro concreto (238). La relevancia de la valoración *ex ante* no supone, en su opinión, una subjetivación del injusto, pues «*la decisión sobre la apariencia de peligrosidad*» se remite al juicio de la sociedad, vía espectador objetivo en la posición del autor (239). Doble ficción: la primera, consistente en atribuir a un ente, el hombre medio, la capacidad de expresar una especie de síntesis ponderada de la infinidad de perspectivas valorativas sociales posibles de la acción; la segunda, pretender establecer un «estado de peligro» solamente por vía de un juicio potencial de peligro. La aplicación por parte del Juez de un principio tan abstracto e inseguro, como no podía ser menos, se resuelve en la práctica en sentido inverso, no es el Juez el que se coloca en el punto de vista del observador imparcial, sino éste en el punto de vista del Juez. Como se verá, el peligro concreto es un concepto normativo objetivo y exige para su establecimiento de un doble juicio *ex ante* y *ex post*, cuyo ámbito fáctico queda establecido en términos estadísticos.

La sospecha de la poca efectividad correctora del juicio objetivo del observador, a la hora de apreciar el peligro inherente a la acción, se confirma cuando se presenta a la tentativa como una forma de error de tipo al revés (principio de inversión). Solución a la que sólo puede llegarse si se considera que la objetivización de una conducta sola-

(237) CEREZO, *PG UNED*, p. 128.

(238) Ver nota 205. MIR PUIG, *PG*, p. 347; BALDÓ, «Estado de necesidad», pp. 113 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 385 y ss.

(239) MIR PUIG, *Función*, pp. 64 y ss.

mente puede ser definida en vista a lo querido por el autor (240). Es decir, el problema se plantea así en terrenos del tipo subjetivo, si bien habría que resolver a continuación la ardua cuestión de la trascendencia que el factor cognoscitivo del dolo tiene para la imputación al tipo objetivo (241). Es coherente llegar a este tipo de conclusiones cuando se parte de una excluyente perspectiva *ex ante*, desde la cual el peligro sólo puede presumirse y no se constata. No es ésta la perspectiva dogmática que mejor se acomoda a la regulación objetiva de la tentativa impuesta por el legislador en el artículo 16.1.

La polémica en torno a si la existencia del peligro debe ser comprobada *ex ante* o *ex post* debe ser decidida en consideración del concepto del peligro que se mantenga (242). Aun más, debe asimismo examinarse la naturaleza determinista o fenoménica del juicio cognoscitivo a partir del cual otro juicio ya normativo eleve el peligro a la categoría de típico. En todo caso, y previo al tratamiento de estos temas conviene a continuación referirnos a una cuestión más general: el fundamento dogmático y político-criminal que justifica un adelanto de la punibilidad.

2. La vigencia del principio del hecho

3. El peligro no es un estado a evitar en sí mismo, sino sólo un medio que impide la lesión de un bien jurídico. Por eso, el contenido de la prohibición de conducirse peligrosamente responde a una necesidad preventiva consistente en el adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico. Las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio (243). El peligro se puede manifestar de manera concreta o abstracta (244). El peligro concreto constituye un resultado porque es algo más que la ejecución de una acción: es la creación de un «estado de peligro» objetivo y próximo para un bien jurídico. El peligro abstracto surge cuando ni el

(240) JAKOBS, *PG*, p. 866 y ss.; SANCINETTI, «Fundamentación subjetiva», p. 51; BALDÓ LAVILLA, «Estado de necesidad», pp. 116 a 119.

(241) Que debería resolverse, a mi juicio, a favor de la tesis mantenida por Roxin y no por la de Kaufmann. Es decir, utilizando como criterio normativo el plan del autor, y de ahí concluir que sólo son imputables al dolo los cursos causales que se manifiestan como realización del mismo, ROXIN, *Dolus generalis*, p. 116; *ibid.*, con amplitud: *Finalität und objektive Zurechnung* en FS für Armin Kaufmann cit.

(242) MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 104.

(243) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Delitos de peligro», p. 7.

(244) Esta distinción es dominante en la doctrina española. Por todos, Rodríguez Ramos entiende que los delitos de peligro concreto son de resultado y los de peligro abstracto de mera actividad (RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado*, pp. 55 y ss.).

tipo objetivo ni el tipo subjetivo apuntan a la puesta en peligro concreto de un bien; el fundamento de su punibilidad reside en la peligrosidad en general, con abstracción del caso concreto. También en la tentativa se produce el adelantamiento de la protección y de la punibilidad; y, asimismo, su injusto deberá ser interpretado y referido a la luz del tipo correspondiente de la parte especial.

Es posible afirmar que la creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico conforma el contenido de la antijuridicidad en los delitos de peligro y en la propia tentativa. Como ya se dijo en la primera parte de esta monografía, la postura aquí seguida concuerda plenamente con la adoptada por el Código Penal vigente. Sólo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (art. 62 CP). Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución, sólo se distinguen la consumación de la tentativa acabada e inacabada por el distinto grado de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico. Este grado de proximidad se mide en razón de la peligrosidad objetiva para bienes jurídicos (245). Asimismo, la proximidad del peligro determina el carácter abstracto o concreto de aquél.

Así pues, la presencia del peligro en el tipo objetivo constituye un elemento común en los injustos de la tentativa y de los delitos de peligro. No obstante, la principal diferencia surge de la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa (246).

En efecto, en la tentativa el tipo subjetivo debe darse plenamente, con el mismo contenido y de la misma forma requerida para la punición del delito consumado (247). En el delito de peligro el dolo tiene por objeto tanto la acción típica como la puesta en peligro. El peligro concreto aparece como resultado típico y debe ser abarcado por el dolo (248); mientras, el dolo de un delito de peligro abstracto no hace

(245) JESCHECK, *PG*, Adiciones al Derecho español, p. 718.

(246) ARZT/WEBER, *BT*, pp. 7 y ss.

(247) CEREZO, *PG* II, p. 119; CÓRDOBA RODA, *Antijuridicidad*, p. 79; RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 329; COBO/VIVES, *PG*, p. 310; MUÑOZ CONDE, *Teoría General*, p. 60; LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 331; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos*, p. 324. No es de la misma opinión respecto de la tentativa inacabada, MIR, *PG* p. 344. En este punto, consúltese lo dicho más arriba sobre el componente subjetivo de esta clase de tentativa.

(248) No obstante, las fronteras existentes entre el contenido subjetivo del delito de peligro concreto y de lesión resultan materialmente muy difusas. Comparto la opinión de Jakobs al aseverar que el primero tiene dolo de peligro junto a un dolo eventual de lesión. Sólo cabría afirmar la presencia de un dolo de peligro sin dolo de

referencia a la peligrosidad misma, sino a la realización de la acción típica con consciencia de todos los elementos típicos en los que el legislador ha basado su prohibición (249).

Siendo esto así, la hipótesis aquí sostenida es la de que en toda tentativa el peligro aparece como resultado; es decir, *el peligro inherente a toda tentativa es concreto*. De ahí que la puesta en peligro sea una situación definida en el tiempo, pasible de ser constatada objetivamente (250). Se trata, por tanto, de un «hecho» que lleva a la puesta en peligro de los bienes jurídicos, y no de meros pensamientos o intenciones. Su presencia debe ser comprobada por la vía más acorde con la razón y valorada jurídicamente a los efectos de dotar de contenido normativo ese peligro. De esta forma, quedará justificado el adelantamiento de la punibilidad y se evitará que el Derecho penal se convierta «*en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad*» (251).

4. En la dogmática de la criminalización de los estadios previos a la lesión de un bien jurídico ha venido siendo usual el predominio de «un despreocupado positivismo» (252). Así, el concepto de la consumación se ha formalizado de manera tan exagerada que resulta ya inseguro determinar materialmente cuál es el comienzo y el fin de las fases previas al mismo. Aún más, la incertidumbre se acrecienta a la hora de establecer el límite entre la conducta previa punible y la que ya no puede ser castigada. Muy expresivamente, Jakobs manifestaba, en el *Strafrechtslehrertagung* celebrado en Frankfurt en 1985, la sospecha de que las consecuencias penales relativas al desarrollo del delito «no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados, como en la continuidad de un abandono de principios» (253).

lesión en dos casos: el autor conoce el juicio objetivo de peligro sin que le parezca razonable que de él se seguirá la lesión; y cuando el peligro no tiene una intensidad relevante para el juicio (JAKOBS, *PG*, p. 207). En el primer caso, la constatación de tal representación resulta a todas luces impracticable. Quizás, en el segundo caso, pudiera aceptarse tal posibilidad, excepcional sin duda, si se renuncia al elemento volitivo, como prestación del consentimiento, por un «tomarse en serio» o «conformarse» (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «*Delitos de peligro*», pp. 79 y ss.).

(249) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 311.

(250) WOLTER, *Konkrete*, pp. 750 y ss.

(251) BARBERO SANTOS, *Política y Derecho*, p. 130.

(252) JAKOBS, «Estudios», en *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 292.

(253) La ponencia presentada en ese Congreso se publicó con el título «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung» en *ZStW* 97 (1985), pp. 751 a 785. El artículo ha sido traducido por Peñaranda Ramos y forma parte de «Estudios de Derecho penal» (*op. cit.*).

La disposición generalizada a aceptar formas anticipadas de punibilidad manifiesta una tendencia a la subjetivización que proviene de diversas causas, tales como el principio de culpabilidad, la orientación del autor, y la personalización del injusto. Subyacen, incluso, consideraciones preventivo-policiales en favor de las mismas, pues con la anticipación de la punibilidad se amplían los límites de lo permitido para la prevención ensanchándose así los límites de lo permitido para la represión (254). Todas estas consecuencias político-criminalmente injustificables provienen de otorgar un trato dogmático distinto a los delitos de lesión y a los delitos de peligro concreto. Es cierto que la doctrina mayoritaria considera también a éstos como delitos de resultado, sin embargo al no distinguirse entre peligrosidad de acción y estado de peligro (255), se omite la aplicación a estos últimos, no así con los delitos de lesión, del «*principio del hecho*» (*Tatprinzip*) (256); o, lo que es lo mismo, la constatación del peligro concreto se limita a ser realizada en abstracto, en la acción. Quizás, la piedra de toque, que permita con mayor nitidez visualizar esta objeción sea el tratamiento que la generalidad de la doctrina dispensa a la punición de la tentativa inidónea. Repito una afirmación ya hecha: como no hay peligros inidóneos, tampoco hay tentativas inidóneas.

A falta del principio del hecho, la punición de tales conductas tradicionalmente ha venido respondiendo a los dictados de un Derecho penal de la voluntad (*Gesinnungsstrafrecht*). Lo cual entrañaba el debilitamiento de la garantía de lesividad del hecho y del mandato de taxatividad, que se subroga al doble fundamento del principio de legalidad penal: garantía de legitimación y garantía de seguridad (257). La forma de evitar estas consecuencias pasa por necesidad por fundamentar la punibilidad de estos estadios previos en la individualización del peligro objetivo para el bien jurídico protegido en el correspondiente tipo delictivo (258).

5. Con gran perspicacia, Jakobs señala (259) que la tendencia a una exagerada anticipación del momento punitivo proviene de visua-

(254) JAKOBS, *Estudios*, p. 294.

(255) WOLTER, *Konkrete*, p. 750; FARIA COSTA, *O Perigo*, pp. 604 y ss.

(256) JAKOBS, *PG*, pp. 294 y ss.

(257) GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo*, p. 74.

(258) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición*, p. 292.

(259) Consideraciones hechas por Jakobs en un momento de su producción científica en la que adopta, para desconcierto de Sancinetti (*Fundamentación subjetiva*, pp. 31 y ss.), una perspectiva objetivista en la interpretación de la tentativa y del injusto con la publicación en 1985 de su artículo: «*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechts-gutsverletzung*» (*ZStW* 97). Perspectiva abandonada más tarde por otra subjetiva en «*Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*» (*ZStW* 104, 1992).

lizar solamente al autor como una fuente potencial de peligro para el bien jurídico («*como enemigo del bien jurídico*») (260). Frente a esta unilateral interpretación del concepto, es preciso contraponer la noción de «*autor como ciudadano*». La primera acepción hace posible anticipar, sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. De esta manera, su potencial lesividad podría alcanzar el ámbito interno, no socialmente relevante, de su personalidad. En tanto que la segunda acepción reclama de su estatus de ciudadano el reconocimiento de una esfera privada exenta de control, de suerte que de ella se puedan derivar límites para las anticipaciones de la punibilidad (261).

En un Derecho penal propio de un Estado de Derecho rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (262), por intermedio del cual se expresa que el ámbito de los deseos y los pensamientos pertenecen a la esfera interna del individuo, no teniendo nada que hacer allí el Derecho penal. El fundamento de este viejo aforismo, proviene de una concepción naturalista del ser humano entendido como sistema psico-físico, en el que la epidermis limita el ámbito de lo interno. Frontera absolutamente difusa, por otra parte, a la luz de los notables avances operados en las ciencias médicas. En todo caso, la cuestión que interesa al Derecho penal no es fijar los ámbitos de lo interno y de lo externo por circunstancias sensibles de la naturaleza, sino el ámbito de lo que constituye la esfera privada del individuo. Con precisión, de

(260) Jakobs hace responsable al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del favorecimiento y abuso de las técnicas de anticipación. «*Este principio, dice, induce a creer en la legitimación de todo aquello que pueda ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico*»; y, más adelante, «*un Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos*» (JAKOBS, *Estudios*, p. 298). Esta crítica podría ser aceptada si se dirigiera a una versión monista-individualista del bien jurídico. Es decir, respecto de aquella posición que no concede a los bienes jurídicos colectivos autonomía propia, o incluso la posibilidad de ser directamente lesionados o puestos en peligro. Cosa distinta sucede, si los componentes de la relación individuo-sociedad se establece en términos dialécticos. Las tendencias dogmáticas y legislativas actuales van en dirección opuesta a esta versión ilustrada del sujeto merecedor de protección penal. La imperiosa necesidad de proteger bienes de contenido universal, como la preservación de grupos humanos frente a ataques genocidas o el medio ambiente, trasciende a los estrechos cauces temporales que impone la puntual y concreta existencia del individuo. (Para mas detalles véase: SCHÜNE-MANN, *Kritische Anmerkungen* p. 231.) Los intereses difusos actúan como condicionantes del contenido de los bienes jurídicos individuales (BERDUGO, *El medio ambiente*, p. 44); la noción de bien jurídico debe quedar vinculada a la realidad social (BERDUGO, *Ensayos*, p. 97). Muñoz Conde acepta la autonomía de los bienes jurídicos colectivos siempre que se ajusten a los requerimientos de un Estado de derecho (MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 65).

(261) JAKOBS, *Estudios*, p. 295.

(262) Ulpiano, *Digesta* 48,19.18.

un ciudadano, de un sujeto portador de determinados deberes y derechos. De esta forma se podrá delimitar lo que es socialmente relevante de lo que ya no lo es y, por lo tanto, lo que pertenece a la esfera privada del individuo, a la esfera de las *cogitationis* (263).

La consecuencia inmediata que se deriva para la anticipación de la punibilidad es que no sólo los pensamientos no constituyen perturbación de la vida social, sino que tampoco lo será cualquier conducta ya externa que se mantenga dentro de los límites de la vida privada. Claro está, en el entendimiento de que esa esfera privada no entre en colisión con la de otra persona y entonces deje de ser privada (264).

6. En la delimitación de lo que constituye la esfera privada de la que ya deja de serlo, surge la siguiente cuestión: ¿en qué grado afectan estas correcciones a la valoración de la vertiente subjetiva del hecho?, ¿cómo será posible suponer que pensamientos, o incluso acontecimientos como «el acuerdo previo» (265) o la creación de una banda son por las razones enunciadas cuestiones privadas? (266).

Uno de los niveles funcionales del concepto de culpabilidad viene dado por la expresión «pena conforme a la medida de la culpabilidad» (*Strafzumessungsschuld*) (267), y con él se abarca todos aquellos aspectos que son relevantes para la cantidad de pena en el caso concreto (268). Pues bien, parece que en Alemania se ha venido tradicionalmente asignando a los aspectos objetivos de la conducta un escueto papel limitador y no fundamentador de la culpabilidad (269). Por esta

(263) JAKOBS, *PG*, p. 296.

(264) *Ibíd.* p. 298.

(265) Según la tradicional doctrina jurisprudencial del «acuerdo previo», son coautores todos quienes se hayan unido por dicho común acuerdo, con independencia de la objetiva intervención que hayan tenido en el delito.

(266) En la medida, que el establecimiento de «relaciones sociales» afecta sólo a la vida privada, la relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado (JAKOBS, *Estudios*, pp. 298 y 299).

(267) ROXIN, *Schuld*, p. 282. El primer nivel lo conformaría la idea de la culpabilidad (*Schuldidee*), el segundo el mencionado en el texto, y el tercero la culpabilidad de la fundamentación de la pena (*Strafbergründungsschuld*).

(268) DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, p. 367. En Alemania el § 46, apartado 1, inciso 1 StGB determina que la culpabilidad es el fundamento para la medición de la pena. En el Código Penal español a falta de un precepto similar el único que podría asemejarse es el artículo 66, regla primera.

(269) JAKOBS, *Estudios*, p. 300. En España, también un sector cualificado de la doctrina entiende, en el marco del artículo 65.1 CP, que el criterio de la personalidad del delincuente es susceptible de una interpretación preventivo general, lo que la aproxima bastante a las posiciones más arriba enunciadas. Así Remesal opina: «Quién es el autor, sobre qué motivos de su personalidad se asentó la decisión de

razón, respecto a una forma del adelantamiento de la punibilidad como es la tentativa el *Reichsgericht* hacía recaer el peso de su fundamento en la mera voluntad delictiva (270). Así, la acción externa despojada ya de todo su contenido perturbador, se convertía en un simple pretexto para indagar en lo interno, en la vertiente subjetiva (271).

Esta perspectiva de análisis, que va del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa al dolo, es la que ha marcado la dogmática de la tentativa en Alemania y en parte de la doctrina española influenciada por el finalismo (272). De esta forma, el contenido equívoco de la conducta externa se soslaya recurriendo a fijar su relevancia penal en términos subjetivos de dolo, de resolución criminal, y no en el contexto de la perturbación social dimanante del hecho. Con ello se ahonda en un Derecho penal de enemigos. En efecto, si se requiere de una persona la interpretación del significado de su conducta será porque se ha convertido en deudora de una explicación, y sólo las consecuencias perturbadoras para el bien jurídico derivadas de su conducta externa la convierten en tal. Es decir, «la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores. De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva» (273).

7. En conclusión, únicamente de la constatación objetiva del riesgo (274) se justificará la posterior indagación acerca del plan o de las intenciones que el autor tenía respecto a la consumación de la

cometer el delito, cómo se manifiesta su actitud frente al ordenamiento jurídico, con qué intensidad se muestran la energía y la intensidad criminal manifestadas por el autor a través de la comisión del delito, en qué medida se descubre en el comportamiento del autor (...). Son aspectos todos ellos que, en la medida en que puedan ser captados por la comunidad, influyen sobre sus reacciones ante la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de una pena por el Estado» (*El comportamiento*, pp. 367 y 368).

(270) RGSt. 1,439,441; RGSt. 1, 439,442. Cit. JAKOBS *Estudios*, p. 300.

(271) *Ibíd.*, p. 301.

(272) CEREZO MIR, *PG I*, pp. 393 y 394; GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, p. 353; SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 251. En Argentina, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 464.

(273) *Ibíd.*, p. 302.

(274) Precisando que la perturbación debe dirigirse objetivamente hacia un bien jurídico y no en el sentido que Jakobs confiere: arrogación, de acuerdo con el comportamiento externo del autor, de un ámbito de organización ajeno. Entendible tal injerencia en términos de posición de garante. Posición que se hace extensiva tanto al autor de un delito de comisión como de omisión (JAKOBS, *PG*, pp. 153 y ss.).

lesión. El contenido de la antijuridicidad en la tentativa lo conforma un desvalor de resultado, consistente en la puesta en peligro del interés jurídico protegido, y un desvalor de acción, consistente en la creación del riesgo generado por la acción (275). Con ello, nos distanciamos de aquellos autores que fundan únicamente la antijuridicidad del delito intentado, en el desvalor de la acción expresiva de una voluntad contraria a la norma (276).

3. Naturaleza cognoscitiva del juicio de peligrosidad y del juicio de peligro

8. Se ha afirmado, que toda forma anticipada de punibilidad sólo cabe ser justificada por la existencia de una «*perturbación*» referida a la integridad de un bien jurídico. También, que el contenido de esta perturbación reside indistintamente en la peligrosidad de la conducta o en la aparición de una situación de peligro. La constatación de una u otra forma de aparición del riesgo pasa por la formulación de un juicio cognoscitivo, designado con el nombre de «*juicio de peligrosidad*» en el primer caso, y «*juicio de peligro*» en el segundo.

Se trata de dos momentos cognoscitivos distintos. La primera valoración del comportamiento se hace residir en la *peligrosidad potencial* para un bien jurídico, es decir en un juicio de peligrosidad. Esta consecuencia proviene de situar la existencia del peligro en la acción. En cambio, si el peligro aparece como resultado, entonces requiere de un segundo juicio de *carácter concreto*; es decir, de un juicio de peligro (277). Es obvio, que las perspectivas desde las que se verifique uno u otro juicio serán necesariamente distintas. La primera admite o propicia una interpretación subjetiva, o al menos subjetivo-objetiva de las formas de criminalización anticipada; mientras que la segunda lo hace desde una perspectiva objetiva, o al menos objetivo-subjetiva. La perspectiva acogida por los primeros tiene únicamente acomodo en el juicio de valor que va del dolo a la conducta externa –la peligrosidad se presume–, no así en la dirección contraria –el estado de peligro se constata–.

(275) BERDUGO y otros, *Lecciones*, p. 123.

(276) Por todos, KAUFMANN, «*Normentheorie*», pp. 71 y ss.

(277) Para más detalles, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 188 y 189; cit.: GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, en *FS für Ernst Heintz*, 1972, p. 181; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 123; SCHMIDHÄUSER, *AT*, p. 88. Cuando se trata de analizar el proceso de definición del contenido del deber de conducta, el juicio cognoscitivo se desdobra en un previo juicio de peligrosidad y en un ulterior juicio de peligro.

A pesar de que la idea de peligro posee un sustrato ontológico de fácil comprobación empírica, no es éste el concepto que interesa al Derecho. Lo jurídicamente valioso reside en los bienes dignos de tutela, y el peligro para el Derecho no puede ser extendido más allá del riesgo para los bienes socialmente valiosos (278). Por esta razón, se puede afirmar que no existe peligro en sí, sino que se trata de una realidad en referencia o, si se quiere, de una realidad teleológicamente orientada a la prevención de males para bienes dignos de tutela (279).

Sin duda, para un hombre omnisciente, con una experiencia universal de todos los fenómenos de la naturaleza, su vida transcurriría en un mundo en el que el azar, y por lo tanto el peligro, no tendrían cabida. Solamente existirían lesiones o hechos inocuos y el daño no sería más que un hijo de nuestra ignorancia («*ein Kind unserer Unwissenheit*») (280). Pero, como el hombre carece de tal aptitud, la aproximación a la realidad deberá realizarse en base a criterios de probabilidad.

La afectación que manifiesta una conducta respecto de la integridad de un bien jurídico es graduable. El autor coge la pistola, la carga, quita el seguro, apunta con ella a la víctima, coloca su dedo sobre el gatillo, dispara. Se trata de una secuencia en la que cada acto ejecutivo (material) encuentra su razón (su disposición final) en el siguiente acto hasta llegar al último y definitivo: la muerte de la víctima. Un proceso, en el que cada acto va acrecentando el peligro y reduciendo las posibilidades de salvación. No obstante, puede suceder que no se llegue al fatal desenlace al hacerse presente lo contingente en algún momento del proceso: se olvidó de quitar el seguro, se le encasquilló el arma, la víctima vestía un chaleco antibalas, etc.

De producirse el daño, parecería obvio asegurar, sin ningún género de duda, la presencia de un peligro en la ejecución de la acción y, por lo tanto, sobra cualquier juicio de peligro. Tal afirmación es incierta. En general, en el ámbito de los delitos contra la vida o de lesiones tales deducciones, guiadas por el sentido común (la experiencia del hombre de la calle), suelen acertar. No sucede siempre así con tipos de lesión de mayor complejidad: estafas, fraudes alimentarios, delitos ecológi-

(278) BUSTOS, *Control social*, p. 323.

(279) De opinión contraria Kindhäuser. Los delitos de peligro tienen autonomía propia, se configuran como delitos de lesión contra la «seguridad». El autor niega que ese fin derive de la necesidad de proteger un bien jurídico determinado contra una posible lesión. El adelantamiento de la punibilidad en la tentativa cumple ya con esa función (KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 163).

(280) MERKEL, *Die Lehre*, p. 55.

cos, etc. (281) La producción del resultado, y consiguiente nexo causal, pueden ser un indicio, pero nunca una confirmación de la peligrosidad de la conducta. Por eso, también en estos casos, la demostración de la presencia de un riesgo en la acción (la formulación de un juicio de peligro) resulta preceptiva por exigencias dimanantes del principio de imputación objetiva; por exigencias político-criminales que proscriben un Derecho penal de responsabilidad objetiva.

De no producirse el daño, nos enfrentamos con la misma exigencia de formulación de un juicio de peligro. No obstante, aquí se acrecienta la dificultad, al menos para los que sitúan el peligro sólo en la acción, ya que carecen de un «*resultado*» como punto de referencia. Quiero decir, que al no reconocer la existencia objetiva de un estado de peligro deben conformarse con el mero conocimiento de la peligrosidad de la acción. Así, aquellos se ven obligados a sustituir el juicio objetivo de imputación por alguna forma de juicio subjetivo de imputación: la alarma social generada (impresión social) o simplemente por la actitud desobediente del autor respecto del mandato de la norma. En definitiva, todos ellos criterios que giran más o menos en la órbita del dolo, de lo subjetivo. En cambio, si consideramos que en cada paso, en cada acto ejecutivo, hay un resultado de peligro (en gradación), acertaremos político-criminalmente, qué es lo importante, al no debilitar un pilar básico propio de un Derecho penal liberal: el principio del hecho.

9. Las afirmaciones hasta aquí vertidas carecerían de fundamento si no aclarásemos esta cuestión: la naturaleza epistemológica del juicio de peligro y de peligrosidad. El apartado siguiente lo dedicaremos al análisis del concepto normativo del peligro. Veamos la primera cuestión.

Reflexionar acerca de la naturaleza epistemológica de los juicios de peligro implica proponer una explicación racional de fenómenos empíricamente perceptibles. Se trata por tanto, de un juicio de carácter *cognoscitivo*, no normativo (282). Juicio, que se convertirá en la base fáctica del posterior juicio de valor sobre la conducta (283).

Toda ley causal explica el origen de un efecto, conoce del mecanismo interno según el cual se produce reiteradamente un efecto. Cuando tal cosa sucede decimos que la ley está científicamente fundamentada (284). Si el conocimiento científico es perfecto, por ejem-

(281) Véase en extenso la descripción de esta problemática: MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *La responsabilidad*, pp. 72 y ss.

(282) PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 163

(283) *Ibíd.*, p. 166.

(284) PUPPE, *Causalidad*, p. 910.

plo la ley de la gravedad, nos encontraremos ante una ley universal (causal) que nos permitirá sin excepción asegurar: siempre que se da A se produce X. Se trata por tanto de una ley necesaria, determinista, pues conocemos de antemano el desarrollo del proceso causal (285). Por desgracia, este tipo de conocimiento es infrecuente. Lo normal, es que nuestros conocimientos científicos de las leyes naturales sean imperfectos. Se trata de supuestos en los que se conoce parcialmente el fundamento material de la relación causal. Las leyes de imperfecto conocimiento las denominaremos leyes causales generales.

Estas dos clases de leyes causales operan como *ley de cobertura* explicativa de una relación de causalidad. Se trata de una premisa lógica en la que habrá de subsumirse el supuesto de hecho, en orden a poder afirmar empíricamente que de tal causa se deriva tal efecto (286). Si A sufre de intoxicación, no será suficiente establecer la relación de aquélla con la ingestión de mahonesa en mal estado, sino demostrar que el origen del trastorno tiene su razón en la salmonella (287). En supuestos corrientes la ley de cobertura la conforma la experiencia. No será necesario que un Juez fundamente su fallo aduciendo que la ley de cobertura explicativa de la muerte del arrojado desde un séptimo piso sea la ley de la gravedad. No obstante, en muchos otros casos, determinar la ley de cobertura subyacente resulta difícil, si no imposible (288).

La doctrina, en especial la alemana, ha elaborado distintos métodos o teorías dirigidos a solucionar estos problemas de prueba. En el famoso caso Contergan (289), Kaufmann fundamenta su posición

(285) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 26.

(286) CUESTA AGUADO, *Causalidad*, pp. 64 y 65.

(287) Una cosa es la relación de causalidad y otra el fundamento material de la misma: es decir la causa. La inoperancia de la teoría de las condiciones se manifestaba, cuando tenía que operar en procesos causales en los que la experiencia de vida se veía impotente para dar una explicación plausible del fenómeno acaecido. En otros términos, el método hipotético consistente en la eliminación de la «causa eficiente» dejaba de rendir sus frutos al desconocerse la naturaleza de esa causa. Por todos, KAUFMANN, *Die Bedeutung*, pp. 207 y ss. Sobre una revisión de la teoría de la equivalencia de las condiciones: EBERT/KÜHL, *Kausalität*, pp. 561 y ss.

(288) Considérense: el caso del aceite de colza, los casos Contergan, Lederspray, el caso Montecatini-Edison di Mori, etc. Muy ilustrativo resulta la exposición de estos problemas en la doctrina española: MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1944; MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coordinadores) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.

(289) LC AACHEN, JZ 1971, 507.

entendiendo que la causalidad, como elemento del tipo, es un elemento en blanco que debe rellenarse mediante una ley de cobertura universal (290). La función del Juez deberá limitarse, entonces, a seleccionar la ley necesaria bajo la cual subsumir el concreto supuesto de hecho. Diametralmente opuesta es la solución que aboga por la libre apreciación subjetiva de la prueba fundada en la experiencia general de la vida (291). El Juez, ante la imposibilidad de aplicar una ley causal necesaria, decide de acuerdo con su experiencia.

Ninguna de las dos soluciones propuestas resulta satisfactoria. Las leyes causales de cobertura no forman parte del tipo, pues se trata de estructuras de la realidad ya dispuestas y ajenas al mandato de la norma. Asimismo, la opinión contraria actúa con precipitación cuando deducen del carácter fáctico de las leyes causales que su constatación en el proceso judicial está sometida a la libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal (292). El Juez no debería decidir según su propio «sentido común» sobre cuestiones en las que los expertos no han llegado a ponerse de acuerdo.

Sin embargo, se afirma en base a esa libertad de conciencia de que goza el Juez, que la búsqueda de la verdad material en un proceso penal debe ser relativizada. Lo importante es la obtención de la verdad procesal, por eso no siempre la verdad forense coincide con la verdad material (293).

Sin duda, la problemática concerniente a la «*responsabilidad por el producto*» vuelve a poner a prueba el alcance y fundamento del principio de jurisdicción (art. 741 LEC) (294). ¿Cuál es el margen de divergencia tolerable entre la verdad forense y la verdad empíricamente comprobada?; ¿bajo qué condiciones puede un Tribunal aceptar una proposición empírica general sujeta a controversia en el ámbito de las ciencias experimentales? Es posible que la solución provenga de adoptar una alternativa intermedia: sustituir la ley nece-

(290) KAUFMANN, *Tipicidad*, p. 28.

(291) Desde la óptica del Derecho penal se puede fundamentar la relación causal sobre «*la experiencia de la generalidad de las personas*» (STS 23 de abril de 1992). «*La demostración científico natural no supone una certeza matemática excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva*» (STS 12.5.1986). El Juez podrá fundamentar el fallo en «*conocimientos generales de la experiencia*», siempre que no se pruebe que tal conocimiento es falso (KUHLEN, *Cuestiones fundamentales*, pp. 239 y ss.).

(292) PUPPE, *Imputación del resultado*, p. 226.

(293) HASSEMER, *Fundamentos*, p. 190.

(294) PUPPE, *Imputación del resultado*, p. 227.

saría y reducir los espacios de discrecionalidad judicial mediante una ley de contenido estadístico, probabilístico (295).

10. Las leyes fenoménicas probabilísticas no son leyes deterministas (296), se limitan tan sólo a cuantificar el grado de frecuencia existente entre causa y efecto. No proporcionan, en consecuencia, la impresión de certeza que se deduce de la constatación de un nexo causal por vía de la común experiencia en los casos triviales o la certeza que dimana, en contadísimas ocasiones, de la subsunción del suceso causal en una ley universal de perfecto conocimiento. En cambio, este método cognoscitivo sí se revela pertinente y válido para esclarecer nexos causales regidos por leyes generales causales o, si se quiere, aumentan nuestro conocimiento sobre las mismas (297).

Las leyes probabilísticas no tienen un contenido subjetivo (298). Se trata de proposiciones predicativas inducidas de datos estadísticos. Por ello, para comprobar su validez se requiere de la aplicación de métodos de verificación empírica de contenido también estadístico (299). La comprobación del peligro inherente a una acción no dependerá por lo tanto de una presunción fundada en el «sentido común» (eso sí sería subjetivo), sino de datos empíricos cuantificados estadísticamente (eso sí es objetivo). De acuerdo con esto, una ley de carácter probabilístico será válida mientras no se compruebe que la inferencia inductiva del resultado obtenido en un muestreo estadístico (la creación de un riesgo en nuestro caso) resulta absolutamente improbable en virtud de otras leyes probabilísticas no recusadas (aquí, la acción que se califica como peligrosa) (300).

No deberían perturbarnos las objeciones hechas a esta alternativa metodológica por la posible falta de verificabilidad y vaguedad que ostenta el juicio normativo apoyado en consideraciones estadísticas.

(295) Torío López se decanta por esta solución para aquellos casos en los que queda excluida la operatividad de una ley científico-natural o la simple experiencia dada la trivialidad del curso causal (TORÍO LÓPEZ, *Cursos causales*, p. 237).

(296) La causalidad entendida de forma determinista responde a una concepción mecanicista del mundo físico: de condiciones iniciales semejantes siempre se derivan los mismos efectos. A partir de la segunda mitad del siglo XX la física cuántica introduce una corrección: la ley natural sólo expresa una alta probabilidad de predicción. No obstante, la crisis del determinismo no impide en la diaria aplicación del Derecho acudir con absoluta seguridad a las leyes causales (ROXIN, *PG*, p. 219).

(297) PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 175.

(298) De opinión contraria GIMBERNAT (Prólogo a la 2.^a edic. Código penal de 1995, p. 22).

(299) HERBERGER/SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980, pp. 350-352, cit. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.* p. 177. nota n. 79.

(300) PAREDES CASTAÑÓN, *ibíd.* p. 177.

Los juicios de probabilidad son materialmente inherentes a todo juicio de peligro (301). Constituyen el ámbito fáctico sobre el cual se decide la tipicidad del peligro. El peligro graduado en términos probabilísticos se convierte así en una condición necesaria, aunque no suficiente, para emitir un juicio objetivo de imputación, juicio por el que se decide elevarlo ya a la categoría de riesgo jurídicamente relevante. En la tentativa, el contenido jurídico del peligro se expresaría objetivamente por su grado de proximidad al momento consumativo del tipo de la Parte Especial que corresponda.

11. El conocimiento de la peligrosidad o peligro de un comportamiento obtenido por esta vía de conocimiento resulta jurídicamente legítimo por los siguientes motivos:

Primero. La idoneidad objetiva de la peligrosidad de un comportamiento apreciado *ex ante* solamente puede ser fijada por vía estadística. De lo contrario, la estimación de probabilidades se convertirá en una estimación de posibilidades, sólo ya deducible de criterios subjetivos. En la práctica esto significa una restricción de criterios conducentes a la estimación de la antijuridicidad de una conducta peligrosa y se ajusta al contexto objetivo en el que queda regulada legalmente la tentativa. El juicio de probabilidades también es posible realizarlo desde una perspectiva *ex post*, pues como se ha visto, raramente se puede subsumir el suceso causal en una ley natural de perfecto conocimiento.

Segundo. No resulta tampoco incompatible este método con el principio de legalidad en atención a la presunta vaguedad de sus conclusiones. El problema no estriba en la debilidad de la valoración probabilística, sino en la vaguedad con que queda descrito el objeto de valoración o el término de referencia del juicio, es decir de la acción y del correspondiente resultado típico (302).

Tercero. Se respeta la capacidad de decisión del Juez en orden a seleccionar el muestreo más conveniente. En efecto, aquél podrá aplicar, ante la falta de certeza de los datos fácticos obtenidos o el

(301) BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 332.

(302) FRISCH, *Prognoseentscheidungen*, p. 16. Por esta razón, surgen con frecuencia dificultades insalvables para probar la responsabilidad por el producto. Circunstancia que podría explicar la escasísima jurisprudencia referida a los delitos de peligro concreto introducidos en el artículo 348 bis a) y bis b) del anterior Código Penal (MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *Responsabilidad*, pp. 74 y ss.). Sensible a este problema Khulen manifiesta: «Hasta cierto punto, los modernos peligros para bienes jurídicos pueden y deben ser reconducidos a través de normas de conducta jurídico-penales. El legislador lo intenta cada vez más recurriendo a tipos de peligro abstracto» (KHULEN, *Cuestiones fundamentales*, p. 235).

equilibrio entre las probabilidades de producción o no del daño existente (303), el principio *in dubio pro reo* (304). Es decir, estará facultado para subsumir la conducta en aquel término valorativo cuyas consecuencias jurídicas resulten más favorables para el acusado (305).

En síntesis, todo juicio de peligro encierra un juicio de probabilidades y el mismo constituye el ámbito fáctico a partir del cual debe decidirse su relevancia penal. En los supuestos triviales no será preciso recurrir a complejas operaciones estadísticas para comprobar la presencia del peligro, el conocimiento precientífico de la realidad será suficiente; tampoco se recurrirá a esta metodología en los contados casos que puedan acogerse bajo la cobertura de una ley causal universal; sin embargo, este conocimiento obtenido por vía estadística deberá ser aplicado, siempre que no sea posible la verificación de la *probatio plena* de la regla científico-natural (306).

4. Concepto normativo del peligro

12. La racionalización del pensamiento dogmático pasa ineludiblemente por tomar en consideración los resultados de las ciencias experimentales. Es decir, los conocimientos obtenidos por intermedio

(303) Muñoz Conde advierte que no puede plasmarse en la Ley el grado de probabilidad o de inminencia de producción de una lesión que debe manifestar la acción peligrosa para considerarla como exponente de un peligro concreto, constatación que obviamente queda supeditada a la libre valoración por parte del Juez (MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *La responsabilidad*, p. 74). ¿Y qué otro criterio de ponderación del peligro admite ser cuantificado legalmente? Pienso que ninguno. Sin embargo, la aceptación de juicios probabilísticos como base fáctica de la valoración jurídica resulta más fiable, más adecuada a los fines de prevención y determinación de la pena que la aceptación de juicios subjetivos como base de esa valoración.

(304) KLEINE-COSAK, *Kausalitätsprobleme*, p. 77.

(305) Muy ilustrativas resultan las observaciones hechas por Arzt acerca de las consecuencias que se derivan en la interpretación del principio *in dubio pro reo*, dependiendo de la perspectiva dogmática adoptada. En particular, respecto a si la duda incide sobre un componente objetivo o subjetivo del tipo (ARZT, *Ketzerische Bemerkungen*, pp. 6 y ss.)

(306) TORIO, *Cursos causales*, pp. 223 y ss. Así, en el caso de la colza se recoge en uno de los Fundamentos de Derecho de la sentencia: «La ciencia más adecuada para llegar a conclusiones sobre la causalidad en el síndrome tóxico es la epidemiología (es decir la estadística)... a través de la multiplicidad de los estudios epidemiológicos se ha demostrado científicamente la asociación causal entre el consumo de los aceites referidos y el síndrome tóxico; los también múltiples estudios realizados desde otras perspectivas científicas no han confirmado hasta ahora rotundamente la conclusión epidemiológica, pero en modo alguno la han descartado, ni es racionalmente previsible que vayan a hacerlo» (STS 23 de abril de 1992).

de leyes deterministas o fenoménicas. Necesidad que aparece ya en el momento de la interpretación del precepto concreto. No obstante, la incorporación al razonamiento jurídico de los resultados científicos no debe realizarse de forma neutra. En efecto, las conclusiones obtenidas por esta vía, en relación con la puesta en peligro o la lesión de un determinado bien jurídico, debe ponerse en conexión con el fin perseguido en la norma. En consecuencia, esta exigencia relativiza la trascendencia de los resultados experimentales (307).

Estas mismas ideas se pueden expresar de la siguiente manera: los juicios de peligro o de peligrosidad consisten en operaciones cognoscitivas dirigidas a la explicación racional de determinados fenómenos empíricamente perceptibles. Juicios que conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, carecen de un valor normativo directo (308). El momento plenamente normativo se alcanza cuando se relacionan dichos juicios con el bien jurídico protegido (o, en el caso de la tentativa con el tipo de la Parte Especial correspondiente). A través de esta operación se individualiza el riesgo penalmente relevante. Así, en el conocido caso, utilizado en la docencia, de que A persuade a B para que realice un viaje en avión con la esperanza, que luego efectivamente se cumple, de que aquél se estrelle, no se realiza el tipo objetivo del artículo 138 CP. Si bien, la acción merece un juicio positivo de peligrosidad, por resultar racionalmente idónea para la puesta en peligro o producción del resultado de muerte, no obstante, esa idoneidad carece de consecuencias penales al tratarse de un riesgo no desaprobado, ajeno a la esfera de la protección de la norma o, si se quiere, justificado (309).

Hasta ahora se ha hablado indistintamente de juicio de peligrosidad y juicio de peligro. Pues bien, el primero constituye un primer paso valorativo y por él se determina: a) si la conducta en abstracto es potencialmente idónea para producir el daño; y b) si tiene capacidad para crear un riesgo penalmente desvalorado (todavía en abstracto).

(307) A pesar de ello, en ningún caso los resultados a los que llega el intérprete pueden estar en oposición con los resultados a los que se ha llegado a través de la investigación empírica (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Concepto, método y fuentes*, pp. 397 y 398).

(308) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 796; WOLTER, *Konkret*, p. 749.

(309) Lenckner entiende que la fundamentación del riesgo permitido esta emparentada con la ponderación de intereses en el estado de necesidad (Sch/Sch/Lenckner antes del § 32, nm.107b, 23.^a edic.). En contra Roxin: el riesgo permitido constituye una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que, con independencia del caso concreto, está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo (ROXIN, *PG*, pp. 371 y 372).

De ser así, a continuación, se emitirá un juicio de peligro que exige demostrar la proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, o sea la presencia de un resultado de peligro.

A propósito, desde una perspectiva ontológica, el peligro no es momento, sino duración o permanencia. Ante la ausencia de un daño, definido en el espacio y en el tiempo, es harto frecuente caer en la tentación de no distinguir el peligro de la acción; o, si se quiere, sólo considerar «acciones peligrosas». Sin embargo, el peligro admite una perfecta delimitación temporal, por instantánea que sea, en términos de situación o estado. De esta forma, aquél gana en consistencia y operatividad, a efectos penales, cuando así se le visualiza (310).

Por lo dicho, la previa constatación de la peligrosidad de la acción (con relevancia penal) es absolutamente imprescindible para establecer la presencia de un resultado de peligro (con relevancia penal). Por ejemplo, si la peligrosidad de la acción resulta potencialmente insignificante —palmear en la cabeza—, pero esa acción causa un resultado de peligro para el bien jurídico —la víctima había sido operada recientemente de un tumor cerebral—, la imputación queda excluida a pesar de la existencia de una concreta situación de peligro.

El juicio de peligrosidad constituye la base objetiva (probabilística) sobre la cual se valorará la presencia de un riesgo determinado en abstracto. El ámbito fáctico al que se circunscribe el juicio de valor lo conforman, solamente, las circunstancias referidas al hecho conocidas con anterioridad a la acción por el autor (311). Esta exigencia dimana de un Derecho penal con vocación preventiva. Evidentemente, este juicio deberá retrotraerse al momento inmediatamente anterior a la acción (valoración *ex ante*). Así, la conducta consistente en «palmear la cabeza de pacientes recién operados de tumores cerebrales» (conociendo el autor tal circunstancia), incorpora un riesgo idóneo para la vida o la salud como bienes jurídicos.

Obsérvese que se trata de un juicio normativo mixto o subjetivo-objetivo. La presencia del componente subjetivo —conocimientos especiales del autor— predetermina el ámbito sobre el cual ha de emitirse el juicio objetivo de peligrosidad (probabilístico). Con toda la razón, Kuhlen califica como muy mala la denominación de *pronóstico (prognosis) objetivo-posterior* con la que se conoce a este jui-

(310) FARIA COSTA, *O Perigo*, p. 604 y ss. En este orden de ideas Wolter distingue entre peligrosidad de acción y peligrosidad de situación (WOLTER, *Konkrete*, p. 750).

(311) *Infra* 3.3/6. Sólo son imputables al dolo los cursos causales que se manifiesten como realización del plan del autor (ROXIN, *Dolus Generalis*, p. 116).

cio (312). Según la cual, el Juez se coloca posteriormente (en el proceso), en el punto de vista de un observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor. Este último saber ya no es objetivo, sino subjetivo al ser referido al autor (313).

13. Así pues, por el juicio de peligrosidad se procura saber si, en general, la conducta resulta idónea para crear un peligro para el bien jurídico. Por eso, tal juicio exige ser despojado de toda referencia al caso concreto, salvo la que atañe a la propia conducta típica (314). Si el juicio es afirmativo, se abre otro proceso de ponderación encaminado a determinar el grado de peligro concretamente alcanzado para el bien jurídico. Es decir, el juicio de peligro concreto permite, al ser relacionado con el interés jurídico protegido, comprobar la existencia de una situación o estado de peligro. Este juicio, estrictamente objetivo, debe ser realizado *ex post* y está referido al resultado de peligro alcanzado.

En la medida que un juicio de peligro se define como una relación entre una acción antecedente y la lesión del bien jurídico, debiendo establecerse el enlace teleológico entre ambos extremos, es indudable que una de las cuestiones a dilucidar será la perspectiva desde la que se determina la situación (*Zustand*) de peligro. La utilización de las expresiones *ex ante* y *ex post* indican la necesidad de fijar la posición desde la cual se emite el juicio; dicotomía, como se ha visto, absolutamente relacionada con la problemática del desvalor de acción y de resultado (315). Las circunstancias del hecho, como ya se dijo, se expresarán de distinto modo desde la perspectiva del autor (subjetivamente, *ex ante*), que con arreglo a un juicio general (objetivamente, *ex ante*), o incluso tras la ejecución del hecho (objetivamente, *ex post*). En definitiva, de lo que aquí se trata es de establecer si de la ausencia

(312) KUHLEN, *Zur Problematik*, p. 341.

(313) En todo caso, no hay impedimento para que ese «conocimiento especial» vuelva a ser valorado en sede del tipo subjetivo junto al resto de los componentes intelectivos y volitivos que conforman el dolo. No debemos olvidar que la decisión acerca de la existencia o de la clase de dolo (directo o eventual) presentes en el tipo requieren de un juicio global e integrado de todos sus componentes. Esta problemática se encuentra en el centro de la polémica en torno a si existen criterios autónomos para la imputación al dolo del resultado objetivamente imputado. En la controversia surgida al efecto entre Kaufmann y Roxin, me decanto por la posición mantenida por este último al aseverar que el conocimiento por parte del autor del riesgo objetivo es una cuestión de imputación objetiva y no del dolo (ROXIN, *Finalität*, pp. 237 y ss.).

(314) PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 188.

(315) GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, pp. 73 y 74.

de una lesión cabe deducir la falta de peligro y en que circunstancias de la producción de una lesión cabe deducir la presencia de un peligro en la realización de la acción (316).

Pues bien, para poder resolver esas cuestiones es necesario proporcionar un concepto de peligro concreto. Entiendo, que en el marco de esta monografía, no tiene sentido considerar todas las teorías que la doctrina ha elaborado sobre la noción de tal clase de peligro (317). Más bien, lo que corresponde es exponer aquella que sistemáticamente se ajuste mejor al fundamento objetivo que atribuyo a la tentativa. Razón, que me lleva a colocar el peligro en el resultado y no en la acción.

A finales de los años cincuenta Welzel y Bockelmann debatieron en el seno de la comisión encargada de la reforma del Código penal alemán el concepto de peligro. Uno de los casos utilizados en el marco de la polémica fue el siguiente: Mientras se encontraba abierta al público una estafeta de correos, un terrorista oculta una bomba de relojería para que explote de noche, cuando la estafeta está cerrada y vacía. Sin embargo, esa noche penetra un ladrón que resulta muerto al hacer explosión el artefacto (318). Según Welzel el análisis de la concurrencia del peligro corresponde ser hecho por un observador experto en base al propio plan del autor. De esta forma, si el perito *ex ante* confirma que a partir de la hora del cierre de la oficina los empleados siempre la abandonan, la acción no comporta un concreto peligro para la vida (aun cuando se haya producido la muerte del ladrón); cosa que no ocurrirá, si aquél estima la posibilidad excepcional de que ello no ocurra.

Así pues, Welzel sitúa el peligro en la acción, utilizando la opinión del observador a modo de filtro objetivo del plan del autor. Bockelman, por el contrario, distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Al igual que en los delitos de lesión, éste admite la posibilidad de establecer una relación causal entre la acción y el resultado, en este caso conformado por la situación o el estado concreto de peligro. De esta manera, se traslada el momento ponderativo al instante en que tenía lugar la explosión, es decir *ex post*, de donde la presencia del ladrón por casual que fuese confirma el resultado con-

(316) JAKOBS, *PG*, p. 206.

(317) En español se puede encontrar un estado de la cuestión sobre el tema en: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

(318) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 8 Band, BT, Bonn, 1959, pp. 417 y ss.; citado de GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, p. 84.

creto de peligro. Mientras que para Welzel la idoneidad del peligro se satisface con su potencialidad lesiva afirmada *ex ante* por un observador imparcial, para Bockelmann depende de la real amenaza lesiva constatada *ex post*. Así pues, desde una misma perspectiva ontológica, dos enfoques diferentes: uno subjetivo con pretensiones objetivas y otro objetivo, ambos con poco éxito abocados a aprehender la noción del peligro.

14. No es éste el camino a seguir. Resulta contrario a toda lógica jurídica decidir la presencia del peligro atendiendo escuetamente a las propiedades de ser que confluyen en el suceso. El peligro es un concepto normativo que indirectamente manifiesta un alto grado de probabilidad dañosa, pero que adquiere plena relevancia jurídico-penal cuando se pone en relación directa con el bien jurídico en cuestión. Por eso, si el peligro es amenaza concreta y próxima a la integridad de un bien jurídico, no debería contentarnos que su constatación se verifique por la única vía de un juicio hipotético (de peligrosidad). La vigencia del principio del hecho exige circunscribir nuestro juicio orientado normativamente a su objetiva presencia. Tampoco conviene reducir el problema a la mera comprobación de unnexo causal. Doy aquí por reproducidas las críticas efectuadas desde la teoría de la imputación objetiva a la pretensión de dotar de relevancia penal a la escueta relación de causalidad (319). Como podemos percibir, una vez más, la espinosa cuestión de las relaciones entre el ser y el deber ser aflora al analizar esta categoría del delito.

Decía que el peligro es un concepto normativo, la cuestión es precisar su contenido. Quizás sea Von Hippel (320) el primero en proponer tal noción al establecer una relación funcional entre el peligro y el tipo de la Parte Especial correspondiente. Como se verá a continuación esta idea es ampliamente desarrollada por Schünemann y Demuth.

A) SCHÜNEMANN

Su toma de posición tiene origen en la crítica que realiza al concepto ontológico de peligro de Horn (321). Según este último, el peligro es un «*estado de cosas definido*» (*begriffener Sachverhalt*), lo cual evidencia que se trata de un concepto objetivo de validez general

(319) Por todos, ROXIN, «Finalität und objektive Zurechnung» en FS A, KAUFMANN, *op. cit.*

(320) VON HIPPEL, *Gefahrenurteile*, pp. 455 y ss.

(321) HORN, *Gefährungsdelikte*, pp. 45 y ss.

y no un mero juicio del observador experto o del propio Juez. Juicios considerados superfluos, pues se limitan a expresar la congruencia entre el concepto de peligro y el estado de peligro (322). De ahí, no existirá lesión sin una situación o estado de peligro previo, por lo que de comprobarse la lesión habrá que afirmar indefectiblemente la existencia del peligro (323). Como es obvio, el problema se plantea en los supuestos de existencia de peligro y ausencia de lesión. En ellos se manifiesta una aparente contradicción, observa con gran perspicacia el autor, por un lado aparece el peligro como posible causa de lesión, y, por otro, como no causa de lesión. Si se conoce la razón (el curso causal) que impidió la producción de la lesión no habría peligro concreto y sí en el caso contrario (324). En otros términos, lo esencial es preguntarse acerca de las causas que impidieron la lesión efectiva (325). Por eso, el juicio debe ser *ex post*, en consideración de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y no *ex ante* mediante la abstracción de los hechos conocidos. Por ejemplo, si la víctima sobrevive a pesar de haber ingerido una dosis de veneno absolutamente mortal (según la experiencia) entonces aparece una situación de peligro concreto; en cambio, si la dosis era insuficiente, como se comprobó *ex post*, no es posible hablar de tal peligro (326).

Horn al dirigir el análisis hacia las causas que impidieron la producción de la lesión consigue avanzar en el conocimiento de la estructura ontológica del peligro. Sin embargo, el concepto de peligro lo articula en términos causalistas, según modelos perceptibles sensorialmente, en lugar de hacerlo en referencia a la finalidad de la norma (327). Ésta es la objeción principal que le hacen Schünemann (328) y Demuth (329). Pese a ello, aprovechan esta base fáctica

(322) Horn distingue entre leyes de causalidad abstracta, que registran una relación de causa a efecto como resultado experimental, y leyes de causalidad concreta referente a todas a las circunstancias presentes en el hecho (HORN, *ibíd.*, p. 138).

(323) *Ibíd.*, p. 52.

(324) Peligros de lesión son hechos respecto a los cuales la ciencia debe confesar su incapacidad para explicar su cualidad de no-causa. En otros términos, si la ciencia puede explicar por qué no podía llegar a la lesión, entonces es que no había peligro (HORN, *Gefährungsdelikte*, pp. 159 y 160).

(325) *Ibíd.*, pp. 113 y ss.

(326) Conforme a la ley de la experiencia (causalidad abstracta) ingerir tal dosis de veneno es causa regular de lesión; no obstante, su ausencia no pudo explicarse mediante una concreta ley de imposibilidad –«se salvó milagrosamente»–. En cambio, puede explicarse que la víctima sobreviva a la toma de ese mismo veneno, cuando lo hace en cantidad insuficiente.

(327) JAKOBS, *PG*, p. 243.

(328) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 795.

(329) DEMUTH, *Gefährbegriff*, p. 175.

tan bien diseñada, con alguna corrección (330), para construir un concepto normativo del peligro concreto.

Para Schünemann la existencia del peligro no depende de si se puede o no individualizar la ley que imposibilitó la producción del daño, sino de si se puede confiar aún en alguna causa salvadora, inserta en el curso normal de los acontecimientos, que evite la lesión. El peligro surge cuando la salvación depende de factores que no pueden ser controlados por el actuar humano. Así en el caso del conductor suicida que no logra hacer impacto contra el otro vehículo al ser desviado por un golpe de viento, la causa salvadora obedece a una circunstancia extraordinaria, anormal e imprevisible y, por lo tanto no impide la aparición del peligro concreto. En los mismos términos habrá que considerar la posesión, por parte de la víctima, de ciertas facultades excepcionales: se salvó gracias a su experiencia como corredor de carreras.

A partir de este principio de confianza en sentido amplio (331), el autor sienta las bases de su concepto normativo de peligro que reúne los siguientes criterios:

i) Presencia en la acción de un riesgo típico referido a un objeto jurídico también típico.

ii) Aptitud lesiva de la acción respecto de ese bien jurídico. Posibilidad estimada *ex ante* por un observador imparcial y realizada en el marco típico del bien jurídico amenazado de acuerdo con las leyes probabilísticas disponibles.

iii) Consideración (*ex post*) de todas aquellas causas salvadoras que impidiendo finalmente la producción del resultado no respondan al normal desarrollo del curso causal. Que equivale a decir: «sólo los medios salvadores dominables excluyen la peligrosidad de la acción» (332).

Como observa García Rivas, la ponderación de la dominabilidad de los acontecimientos por parte del autor debe retrotraerse inevitablemente al momento de la acción, por lo que la perspectiva *ex post* queda un tanto desdibujada. «En conjunto, la excesiva inclinación de Schünemann hacia la dominación del riesgo conlleva un repliegue del desvalor de resultado y un avance hacia posiciones más subjetivas de

(330) En efecto, Horn de acuerdo con una concepción mecanicista de la física sólo admite que la leyes de imposibilidad (leyes de cobertura) explicativas de la no aparición de la lesión tengan un contenido determinista, y no probabilístico. (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 33).

(331) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 34 y ss.

(332) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 796.

lo debido en la teoría del injusto» (333). En este sentido, resulta más consistente la noción normativa de peligro de Demuth.

B) DEMUTH

Al igual que Schünemann, Demuth considera que el peligro surge cuando la circunstancia salvadora ya no depende del actuar humano. No obstante, añade una nueva cautela al exigir que tal situación de peligro coloque al bien jurídico en «aguda crisis». «La proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, afirma Demuth, se detecta siempre que el bien jurídico se halla de tal modo inmerso en el radio de la acción peligrosa que las medidas preventivas normales –es decir, las predispuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños– no resulten suficientes para impedir con seguridad el resultado lesivo. Si el bien jurídico no alcanza este estricto ámbito de peligro, no cabe admitir el resultado de peligro» (334).

Entonces, 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. Plasmación, que debe manifestar externamente dos características entre sí dependientes: la proximidad de lesión del bien jurídico y la falta de dominabilidad de las posibles causas salvadoras. Entonces, «peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa» (335).

Este concepto normativo que entiende el peligro como resultado cumple no sólo una función interpretativa y de filtro de las acciones con potencialidad lesiva, sino también una importante función de prevención general de conductas y de adelantamiento en la protección de bienes jurídicos (336). Sin duda, es la propuesta que mejor define el peligro concreto contenido en todo acto ejecutivo. Obsérvese, que la valoración de la proximidad del peligro de lesión para el bien jurídico admite objetivamente una gradación de la amenaza. Aspecto valorativo en correspondencia con el grado de desarrollo de la tentativa a la luz del tipo correspondiente de la Parte Especial.

(333) GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, p. 98.

(334) DEMUTH, *Gefahrbegriff*, pp. 209 y 210. Precisamente, de esta proximidad externa de lesión surge un sentimiento de desvalor similar al de la lesión tanto para la generalidad como para el propio autor (ibíd., p. 197).

(335) Ibíd., p. 218.

(336) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 36.

Así, la falta de consumación del delito de homicidio debido a que el arma se encasquilló al efectuar el disparo o a la mala puntería del autor provocan una verdadera amenaza para la existencia del bien jurídico (*einer echten Daseinsbedrohung*). En efecto, la circunstancia salvadora había dejado en uno y otro caso de ser dominable a través de los medios normales de defensa. Sólo el azar impidió la producción de la lesión a pesar de que el autor ya había apretado en ambos casos el gatillo. En otros términos, el análisis *ex post* afirma la plasmación de la peligrosidad de la acción (establecida *ex ante*) en el peligro concretamente acaecido. Sin embargo, dada la diferente proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro —no logra disparar, efectúa el disparo— podría dejar abierta la posibilidad de considerar al primer supuesto como una forma de tentativa inacabada. Alternativa que no comparto, ya que en ambos casos la pretensión objetiva de lesión se alcanza concretamente con la acción de presionar el mecanismo de percusión del arma. En cambio, disparar contra el cadáver de su enemigo, creyendo que estaba vivo no crea situación de peligro (tampoco tentativa de homicidio), puesto que faltaría la «proximidad necesaria del bien jurídico amenazado a la fuente de peligro». Nótese, por todo lo dicho, que no existe en la categoría de los delitos de peligro una clase de peligro «inidóneo», por eso tampoco existe tentativa inidónea.

16. Veamos con un ejemplo la capacidad resolutive de todas las consideraciones hasta aquí hechas:

«A efectuó cinco disparos contra su cónyuge cuando la misma se hallaba entre 15 y 20 metros de distancia; resulta probado por la correspondiente pericia, que al carecer de estriado el ánima del cañón la efectividad del disparo solamente era posible a una distancia inferior a los 6 metros.»

La hipótesis que debe ser confirmada es si el autor ha cometido una tentativa de homicidio. Para ello, y de acuerdo con la tesis aquí defendida, tenemos que establecer la presencia de *un resultado de peligro concreto* para el bien jurídico vida en el tipo objetivo. El proceso de análisis exige dar los pasos siguientes:

1) Delimitación del ámbito fáctico sobre el que debe operar el juicio de peligrosidad (cognoscitivo). La conducta debe ser formulada de la manera más general (abstracta) posible y *ex ante*: «sujetos que disparan un revólver contra una persona situada a menos de 20 metros de distancia, con conocimiento de la capacidad lesiva de las armas de fuego». En un caso tan trivial, el Juez podrá apoyarse en la simple

experiencia común para fundamentar racionalmente la peligrosidad de la acción (potencial respecto de un resultado lesivo).

2) Determinación de la relevancia jurídico-penal de ese juicio afirmativo de peligrosidad. Valoración que surge de poner ese juicio en conexión con el tipo objetivo del homicidio. Así, el Juez individualiza, circunstancia que en el presente caso acaece, la presencia de un riesgo con *capacidad potencial* (en abstracto) de lesionar el bien jurídico vida protegido en el artículo 138 CP.

3) Confirmación de la existencia de un resultado de peligro concreto para el bien jurídico protegido. La valoración *ex post*, ya referida al caso particular, indica objetivamente la absoluta falta de proximidad del bien jurídico a la fuente de peligro —el sujeto pasivo se encontraba fuera del radio de acción lesivo— por tanto no es posible demostrar la existencia de una situación o estado de peligro; entonces, no hay desvalor de resultado.

En conclusión, no cabe apreciar en la conducta del autor tentativa de homicidio, aunque sí la presencia de un peligro abstracto que, en este caso, admite ser subsumido en el tipo del artículo 563 del Código Penal por el que se castiga la tenencia de armas prohibidas (337).

17. Este método valorativo es el que mejor se adapta a los requerimientos objetivos del artículo 16.1. En mi opinión, tal regulación posibilita apreciar por un lado la peligrosidad (potencial) de la acción, y por otro la situación de peligro (concreto) como resultado; a su vez, términos teleológicamente enlazados con el bien jurídico amenazado. Ponderación, que exigirá del Juez situarse *ex ante* y *ex post*, y de cuyos juicios podrán deducirse el desvalor de acción y el desvalor de resultado presentes en el injusto de todo delito intentado.

Considérese, que desde una valoración *ex ante* en la que sólo se tomara en cuenta la perspectiva del autor (subjetiva) el Juez hubiera apreciado tentativa de homicidio. A la misma conclusión se hubiera llegado utilizando exclusivamente el llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior. En efecto, se estaría castigando la tentativa (imposible) en base a fundamentos distintos a los exigidos en el artículo 16.1. Así, Silva entiende, que en éste y otros casos similares, es posible apreciar tentativa, siempre que el hombre medio, en la posición del autor, advierta peligro para el bien jurídico con lo que el supuesto adquiere «una evidente dimensión social de sentido (virtualidad de

(337) El supuesto examinado corresponde a los antecedentes de hecho de una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (secc.1.^a) y que llega con razonamientos jurídicos diferentes a la misma solución (SAP 24-05-96, ponente Sr. Zubiri de Salinas en AP, Audiencias, p. 303).

desestabilización de la norma) y un Derecho penal preventivo (desde luego con pretensión de integración)» (338). Si dicha advertencia debe reunir la cualidad de comunicativamente relevante (en lo social), empleando la terminología jakobiana, se estará una vez más fundamentando la punibilidad de la tentativa en los términos de la teoría de la impresión. Llamemos a las cosas por su nombre, lo que por esta vía se consigue es el castigo de la tentativa como una manifestación de un peligro abstracto.

Lo que no se puede hacer, como pretende Mir, es admitir que en la tentativa idónea concurre un peligro concreto (339) y constatar esa situación únicamente en base a un juicio *ex ante*, es decir en base a un juicio de peligrosidad *potencialmente* lesivo. El estado de peligro es efectivo, permanente y dogmáticamente opera como un resultado. Por ello tal juicio requiere de dos momentos uno *ex ante* en el que se establece, en los mismos términos por él establecidos, la peligrosidad de la acción, y otro *ex post* que indaga la proximidad del riesgo al bien jurídico. Es decir, constata la producción de un acto ejecutivo.

V. LA LLAMADA TENTATIVA INIDÓNEA

1. Consideraciones generales

1. Bajo la denominación de tentativa inidónea o delito imposible la doctrina tradicional describe aquellos supuestos en los que la falta de aptitud del objeto, de los medios o del sujeto, impiden llegar a la consumación del delito efectivamente intentado (340). Cuando un individuo se decide a cometer un crimen lo normal es que diseñe un plan de ejecución. No obstante, puede acontecer que su estrategia contenga errores de tal entidad que le impidan concretar la lesión del bien jurídico. Se llega a tal situación cuando el autor desconoce el contenido de las leyes de experiencia que han de dotar de efectividad a su conducta en el mundo exterior (*errores nomológicos*) – cree que se puede mediante hechizos provocar la muerte de su enemigo–; o bien, se equivoca al seleccionar el instrumento o el objeto sobre el que pretende realizar el crimen (*errores ontológicos*) – el arma estaba

(338) SILVA, *El nuevo Código*, pp. 137 y 138.

(339) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347.

(340) Sobre la evolución histórica del delito imposible: FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 277 y ss. En español una completa monografía sobre el tema: SOLA RECHE, *Tentativa Inidónea» de delito*, Granada 1996.

descargada o se intenta un aborto cuando la mujer no estaba siquiera embarazada—.

Salvo en los supuestos en que se manifiesta una falta burda de entendimiento (tentativas irreales o supersticiosas), el resto de los casos han podido ser castigados desde que el Código Penal de 1944 consideró igualmente punible la tentativa y el denominado delito imposible (341). Ya en una Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1896 se planteaba la necesidad de castigar estas conductas. Se decía al respecto: «negar el carácter de delincuencia a la intención criminal, por grave que ésta sea, cuando está exteriorizada por hechos vanos o inadecuados para el fin que el agente se proponía, implica una postergación del elemento moral contrario a los principios de justicia y del interés de la sociedad» (342). Cita en extremo ilustrativa, pues hoy, cien años más tarde, un amplio sector de la doctrina española invoca parecidas razones para castigar acciones carentes de la más mínima posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido (343).

El legislador del actual Código Penal no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición del delito imposible. 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 (344). En contra de tal interpretación cabe alegar que en el mencionado precepto se incluye el adverbio «*objetivamente*», término ya contenido en el Proyecto de 1994, que unido a la expresión «*peligro inherente al intento*» del artículo 62 CP y al hecho de no recogerse en el capítulo dedicado a «La aplicación de las penas» el segundo párrafo del artículo 52 del CPTR (345), hace suponer que

(341) Ya el Código Penal de 1928 contemplaba esta posibilidad en el artículo 41. A su vez, la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, en el artículo 9, había reparado en los hechos inidóneos, sea por el medio empleado o por la inexistencia del objeto, autorizando a los Tribunales para declarar el estado peligroso del agente e imponerle una medida de seguridad. El Código Penal de 1944 es el que introduce expresamente el segundo párrafo del artículo 52 del CPTR.

(342) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1896, en VIADA Y LÓPEZ PUIGSERVER, *Doctrina Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, p. 6.

(343) La legitimad del segundo párrafo del artículo 52 CPTR ha sido objeto de fuerte discusión doctrinal. Sin embargo, en el marco de un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional establece la conformidad del precepto con la Constitución (STC 70/1985, de 31 de mayo).

(344) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDCASAS, *Lecciones*, p. 238.

(345) En el capítulo relativo a las reglas para la aplicación de las penas se establecía, que la regla aplicable a los autores de un delito intentado regirá también: «*en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de un delito*» (art. 52 CPTR).

el fundamento punitivo de la tentativa en el nuevo Código se hace recaer en la producción de un peligro objetivo para un bien jurídico.

2. 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. Así, los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que la tentativa inidónea o imposible es impune, ya que la «*peligrosidad*» de toda tentativa reside, en última instancia, en la representación mental que tenga del hecho el autor, aunque imponiéndole, como se verá, determinadas correcciones (346). En tanto, entre los autores que se decantan por una solución objetiva, que puede considerarse la posición dominante, nos encontramos hasta con cuatro alternativas diferentes:

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 (347).

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* (348).

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 (349).

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 sí misma sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Tesis defendida por mí en esta monografía (350).

(346) CEREZO, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I y II*, 5.ª edic., 1995; del mismo, *Derecho Penal. Parte General*. UNED, 1997; GRACIA MARTÍN, *Política Criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España*, en AP, 1994; SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» del delito*, 1996. No obstante, parecería que las posiciones mantenidas por este último lo sitúan en una zona intermedia entre las teorías objetivas y subjetivas.

(347) GIMBERNAT, *Prólogo al Código Penal de 1995*, Tecnos, 1997.

(348) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.

(349) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en RJC n. extra, 1980; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código penal*, 1996.

(350) Tesis apuntada ya, aunque no desarrollada en BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 1996.

Como se ha podido comprobar en torno al tema de la tentativa inidónea reina la complejidad, por no decir la mayor de las confusiones. En particular, entre los que nos inclinamos por una fundamentación objetiva del injusto de la tentativa, ya que la sistemática seguida por los que se decantan por una teoría subjetiva, aunque no se comparta, resulta mucho más coherente. Los malentendidos, como veremos al final de este capítulo, surgen por la falta de claridad inicial respecto a las categorías utilizadas.

3. Este marco de decisión objetivista en la regulación de la tentativa es aceptado en mayor o en menor medida por la doctrina española. Los que menos la aceptan son aquellos aferrados a una fundamentación subjetiva del ilícito. Puede resultar ilustrativo, a riesgo de pecar por un excesivo reduccionismo, sintetizar su punto de vista en la siguiente expresión: «El deber hacer se refiere sólo a realizaciones de valor que sean posibles subjetivamente» (351). En tanto, los partidarios de una fundamentación objetiva del ilícito, parten por el contrario de esta premisa: «La pregunta por lo interno está permitida sólo para la interpretación de lo que ya es, de cualquier modo, algo externo perturbador. Conforme a ello, si una conducta ha de ser punible, tiene que serlo independiente de su aspecto subjetivo» (352).

Valga decir, que la primera manifestación se debe a Kaufmann y la segunda a Jakobs, es decir representantes cada uno de la «antigua» y «nueva» Escuela de Bonn. Puede resultar paradójico que haya escogido a Jakobs como portaestandarte de la segunda alternativa, no obstante, la decisión está justificada. En efecto, a lo largo de la producción científica de este autor se pueden observar dos posiciones encontradas, la que corresponde a la publicación en 1985 de su famosa «*Kriminalisierung*», en la que esclarece el contenido del principio del hecho, y la que supone un giro subjetivista con la publicación en 1992 del «*Rücktritt*». Evidentemente, los argumentos aquí citados provienen de la abandonada perspectiva objetiva en la fundamentación de la tentativa. Abandono entendible, a mi juicio, pues de haber seguido profundizando en esa línea le hubiera conducido a cuestionarse su propio concepto del ilícito penal. Comentar, por último, que junto con Kaufmann no hubiera desmerecido en su papel de portavoz de la primera alternativa Sancinetti, autor de una inteligente actualización de los postulados de esa vieja Escuela (353).

(351) KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 75.

(352) JAKOBS, *Estudios*, p. 302.

(353) SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Santa Fe de Bogotá, 1993.

Conviene tener presente a lo largo de la discusión aquí iniciada, que en Alemania la constatación de la peligrosidad de la acción no es un requisito constitutivo de la tentativa, ya que la referencia que impone el § 22 es la representación del hecho por parte del autor (354). De ahí la posibilidad de castigar la tentativa inidónea, circunstancia que se ve confirmada en el § 23.3 StGB (355). Valga esta observación para recordar que tal «representación» no figura como requisito en el artículo 16.1 CP y, sin embargo, un relevante sector de nuestra doctrina, fuertemente influenciado por el finalismo, le confiere cierta carta de naturaleza en el tratamiento de la tentativa inidónea (356).

4. Decíamos que las discrepancias doctrinales surgen a la hora de obtener un significado de lo que se entiende por «objetivo». Para ser más preciso, la discusión se centra más bien en el «modo» de fijar tal característica de la conducta (357). Con ello se quiere decir que para saber en definitiva cual es el tratamiento asignado a la tentativa inidónea es necesario plantearse la cuestión general de cuándo la misma debe ser punible (358). Cuestión que se encuentra íntimamente identificada con las posiciones mantenidas en la fundamentación del injusto y que fueron tratadas con anterioridad (359). Corresponde ahora fijar el marco de la discusión en el ámbito doctrinal de nuestro país en atención a la particular regulación que hace nuestro Código Penal de la tentativa (360).

(354) Por eso, «dentro del comportamiento de tentativa penalmente relevante no hay distinción entre el intentar idóneo y el inidóneo»... lo que importa es «dar comienzo directo a la realización del tipo, según su representación (es decir, según su dolo típico)» (JAKOBS, *PG*, p. 872).

(355) «Cuando el autor, por una burda falta de entendimiento, ignoró que la tentativa no podía haber conducido en ningún caso a la consumación, debido a la naturaleza del objeto o del medio, el Tribunal puede, según su arbitrio, disminuir o prescindir de la pena (§ 49.2)» (§ 23.3 StGB).

(356) Al respecto Gracia Martín hace la siguiente afirmación: «La tentativa idónea es la tentativa peligrosa *ex ante*; en ella concurre la voluntad de consumir el delito (dolo) y la acción es, además, peligrosa. La tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa *ex ante*; en ella concurre la voluntad de consumir el delito (dolo), pero la acción no es peligrosa» (GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, p. 353).

(357) SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 5.

(358) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 125.

(359) *Infra* 3.3.

(360) No incluyo en el análisis la posición representada por aquellos que ven a la tentativa inidónea como un ilícito ajeno al concepto de la tentativa (TORÍO LÓPEZ, *Indicaciones*, pp. 169 y ss.). Se sostiene que en la tentativa inidónea ha de verse tan sólo una causa de extensión de la pena y no una forma de delito intentado. Como indica Sola, la desaparición en el Código Penal de 1995 del segundo párrafo del artículo 52 del CPTR priva a esta teoría de los posibles apoyos legales en los que encontraba su fundamento (SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. XI y pp. 218 y 219).

2. La discusión doctrinal en España

5. La noción tradicional del delito imposible (361), según la cual el autor no llega a la efectiva lesión del bien jurídico por la inidoneidad de los medios utilizados del objeto o del sujeto, se acoge a particulares características ontológicas que, en definitiva, nada dicen acerca de su naturaleza jurídica (362). En efecto, siempre que el autor suponga erróneamente que esos medios, objeto o sujeto, son los adecuados desde una perspectiva *ex ante*, el intento es «idóneo» para ser considerado como tentativa de un delito. De modo que, si el autor yerra por casualidad tomando la sal por arsénico, ese envenenamiento putativo ya constituye un ilícito de tentativa; lo mismo, si dispara contra un cadáver creyéndolo con vida o utiliza un arma descargada. El fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea se hace recaer así sobre una representación errónea, en apariencia peligrosa (363) para el observador colocado en la posición del autor.

Esta manera de enfocar la cuestión nos lleva inevitablemente a una interminable discusión acerca de la naturaleza del error. Discusión, por otra parte, nada fructífera y que nos recuerda a las polémicas habidas entre los causalistas acerca de las distintas maneras de aparición de los cursos causales. Si el autor yerra en la puntería es tentativa idónea, pero si la desviación del proyectil se explica por un defecto del arma entonces la tentativa es inidónea; rasgar la ropa interior de la niña con ánimo de realizar una penetración es tentativa idónea (364), pero fracasar en sus propósitos debido a la desproporción de los órganos genitales del hombre y de la víctima es una tentativa inidónea (365). Junto con estos errores de carácter ontológico se suman los nomológicos, es decir aquellos que afectan a las leyes de la experiencia y que, según ciertos autores, conducen a tentativas irreales. El problema aquí se sitúa en fijar el modelo de sensatez a tener en consideración, puesto que el contenido burdo del error dependerá del coeficiente de inteligencia del autor (366). Éstos y otra infinidad de ejemplos que podrían ponerse muestran la futilidad de intentar obte-

(361) Por todos JESCHECK, *PG*, p. 725.

(362) En el mismo sentido SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 165.

(363) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347.

(364) Véanse respecto a formas imperfectas de ejecución en agresiones sexuales: SSTS de 24 de noviembre de 1986, 15 de noviembre de 1993 y 14 de octubre de 1994 entre otras.

(365) GIMBERNAT, *Prólogo*, p. 22.

(366) De la misma opinión SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 127.

ner *directamente* de determinadas propiedades del ser consecuencias jurídico-penales.

A) LA TENTATIVA INIDÓNEA COMO TENTATIVA *EX ANTE* NO PELIGROSA (367)

6. Una fundamentación subjetiva del injusto (368) considera a la tentativa como una acción final que tiende a la afectación del objeto jurídico, siendo este acto el objeto del juicio de valor. Aseveración, que admite también ser así formulada: el dolo del hecho determina de manera única el sustrato valorativo del juicio de antijuridicidad (369). De esta manera infringe idénticamente el mandato de la norma la tentativa idónea y la inidónea. El disparo efectuado con dolo de homicidio es tentativa de homicidio con independencia de que el autor creyera que el bulto sobre la cama era su enemigo; resultando indiferente para el juicio que la víctima hubiera, momentos antes, abandonado la cama o hiciese una semana que se encontraba de vacaciones.

Desde esta perspectiva, la peligrosidad de la conducta deja de ser un elemento necesario para fundamentar el desvalor de la acción y por lo tanto «*el principio de ejecución del delito*» se alcanza con la simple manifestación externa del dolo. A su vez, «*el peligro inherente al intento*» deja de medirse en términos de proximidad de lesión del bien jurídico, para pasar a serlo en términos de voluntad criminal. Y, por último, la demanda de medir «*objetivamente*» los actos que deberían producir el resultado se remite a la decisión *ex ante* del observador imparcial provisto del conocimiento y de las capacidades del autor.

En mayor o menor medida es éste el punto de vista mantenido por un relevante, aunque minoritario, sector de nuestra doctrina fuertemente influenciada por la dogmática alemana de la tentativa. Así Cerezo entiende que puede haber actos ejecutivos no peligrosos (370); «*la tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa ex ante*», o la peligrosidad objetiva de la conducta no es un elemento necesario para consituir el desvalor de la acción (371). Asimismo, respecto a las tradicionales dificultades que toda teoría subjetiva manifiesta en orden a

(367) Este enunciado es tomado de SOLA RECHE, *Tentativa Inidónea*, p. 198.

(368) Véase *Infra*. III/3.

(369) JAKOBS, *Estudios*, p. 225.

(370) CEREZO, *Lo objetivo y subjetivo en la tentativa*, Fac. de Derecho, Valladolid, 1964, cit. SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 199, nota n. 16.

(371) GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, pp. 353 y 349 nota 329 citando a Cerezo.

distinguir la tentativa inidónea de la irreal, opina Cerezo que no es necesario acudir a la teoría de la impresión para evitar la punición de esta última, puesto que en el delito imposible no concurre desvalor de acción, es decir dolo (372). Solución que se hace depender de estar o no en posesión de un conocimiento nomológico objetivamente exacto (373).

7. No obstante, el problema no queda así resuelto. En primer lugar, la distinción entre un error nomológico y otro ontológico es con frecuencia difícil de establecer (374). Distinción, por otra parte, irrelevante ya que la solución del problema no reside en decidir acerca de las características naturales del error que afecta al componente intelectual del dolo, sino en determinar el sentido social típico de la representación (375). En segundo lugar, nada se dice en relación con el criterio que ha de emplearse en la determinación del contenido «burdo» de la representación (376). En efecto, resulta al respecto muy ilustrativa la crítica que le hace Jakobs a Kaufmann, por concretar la relevancia del plan desde la perspectiva del autor y no analizar si dicha representación puede ser sostenida desde el punto de vista social (377).

Más atrás, se decía que, en el «*Kriminalisierung*», Jakobs criticaba entre otros a la «antigua» Escuela de Bonn por adoptar una perspectiva en la que el hecho se convertía en un mero pretexto para indagar en lo interno de la conducta, en la vertiente subjetiva, despojada ya de todo su contenido (materialmente) lesivo (378). Pues bien,

(372) Pues: «(el dolo) es conciencia (conocimiento) y voluntad y aquí no se puede hablar de la existencia de conocimiento, de dolo» (CEREZO, *PG UNED*, p. 126.)

(373) GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, p. 211.

(374) Véase al respecto, TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu den §§23 Abs.2, 13 Abs.2, 17 Abs.2, 35 Abs.1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983; JAKOBS, *PG*, p. 872, nota 56.

(375) Jakobs critica a Struense («*Verursachungsvorsatz*», p. 21) por distinguir dos «géneros de dolos»: los viciados por un error de percepción (ontológicos) o por un error que hace servir al autor de un curso causal no típico (nomológicos). Esta distinción, observa Jakobs, es arbitraria en el Derecho penal. Lo relevante es distinguir entre el género de dolos que en su realización consituyen una infracción a la norma del resto. (JAKOBS, *PG*, p. 872, nota 56).

(376) El párrafo § 23 III del StGB concede al Tribunal la facultad de atenuar o no aplicar la pena, en el caso de una tentativa inidónea por «falta de comprensión burda».

(377) JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva» en *Estudios*, pp. 223 y ss.

(378) Véase, infra IV/4.2 § 5 y 6.

estas observaciones, por extensión, son aquí perfectamente aplicables. No obstante, hay que reconocer la coherencia sistemática de esta posición, ya que el contenido del desvalor de la acción es el mismo para todo tipo de tentativa (idónea o inidónea), de suerte que la consideración de cualquier circunstancia del hecho no conocida por el autor, modifica el objeto del juicio de valor, o sea, «la acción en la situación de la acción» (379). No renunciando, sin embargo, a cierto atisbo de objetividad formal, al permitir al observador preguntarse cómo habría debido actuar el autor en esa situación, o sea, cómo habría actuado el mismo con el conocimiento efectivo del autor.

8. En todo caso, la crítica que corresponde hacerles es de mayor trascendencia dogmática que la de su puntual posición respecto a la tentativa inidónea. Conviene recordar las observaciones que en su día hizo Roxin a Welzel a propósito de la opinión que este último tenía acerca de la «*misión esencial*» del Derecho penal (380). En efecto, Welzel sostenía que dicha misión no consistía en la protección de bienes jurídicos, sino en velar por la observancia de los valores del acto expresivos de una actitud interna jurídica (381). Afirmación sospechosa de propiciar un Derecho penal de intenciones (*Gesinnungsstrafrecht*). Sin embargo, ni Welzel, ni los autores españoles mencionados son acreedores de tales imputaciones, ya que no pretenden imponer cualquier actitud interna positiva por la vía del Derecho penal, sino sólo el respeto de los bienes jurídicos y el reconocimiento a la vigencia de las normas. Pero, ello no obsta para señalar que Welzel confunde medios y fines, y que en la práctica su teoría se acerca a ese tipo de Derecho penal; pues la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad no deja de ser un medio para lograr el fin de la protección de bienes jurídicos (382). Por eso era de prever que el epílogo del finalismo elaborado inicialmente por Welzel y Kaufmann, lo escriban Zielinski y Jakobs expulsando al bien jurídico como referente del Derecho penal.

La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige siempre su lesión efectiva para que la conducta genere consecuencias jurídicas, a veces se conforma con la puesta en peligro de los mismos. En el caso de una forma adelantada de la punibilidad como es la tentativa se requiere que la acción incorpore una tendencia

(379) ZIELINSKI, *Disvalor*, p. 219.

(380) ROXIN, *AT*, XII § 2, 34.

(381) «La misión del D penal consiste en la protección de los valores fundamentales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares» (WELZEL, *PG* 1997, p. 5).

(382) ROXIN, *AT*, XII § 2, 34.

objetiva y subjetiva a la consumación del delito. Un Estado de libertades no se condice con una interpretación subjetiva del injusto. Un ciudadano sólo se convierte en autor si desborda el ámbito privado ajeno, si lo perturba. Esa arrogación será reconocible *ex re* y solamente entonces resultará legítimo preguntar cómo llegó el autor a esa conducta y que fin perseguía con ella (383). En la tentativa, la representación del autor puede descansar en un error (tentativa inidónea) y en tal caso le faltaría su componente objetivo. Sin embargo, el temor de que pueda reducirse excesivamente el ámbito de las conductas punibles (384) no justifica que el castigo de estos supuestos se funde en el dolo, pues en la tentativa «no todo es subjetivamente sustituible» (385). Cuando la peligrosidad de la conducta (la perturbación) sólo se deduce de la representación *no objetivada* del autor será socialmente insignificante y, si se la convierte artificiosamente en tentativa, se castigarán representaciones y no hechos (386).

B) LA PELIGROSIDAD *EX ANTE* DEL INTENTO INIDÓNEO

9. La mayoría de la doctrina española se decanta por una interpretación objetiva de la tentativa al considerarla más acorde con la regulación que se hace de ella en el Código Penal vigente. En base a consideraciones político-criminales, ya enunciadas en otro momento y, en especial, por una clara aceptación de un Derecho penal abocado a la exclusiva protección del bien jurídico, el principio de lesividad del hecho, y no el dolo del autor, pasa a ser la referencia obligada, el eje alrededor del cual gira la constatación del «*peligro inherente al intento*».

Las consecuencias que se derivan de este cambio de enfoque son importantes, por ejemplo: el sentido típico del acto ejecutivo se hace depender de su peligrosidad para los bienes jurídicos; el juicio cognoscitivo que permite comprobarla se formula en base a un criterio estadístico o probabilístico; se produce una lógica reducción de la punibilidad en el ámbito de las tentativas inidóneas (387).

(383) JAKOBS, *Estudios*, p. 303.

(384) Cerezo refiriéndose al grado de probabilidad que debería manifestar la peligrosidad de la conducta, dice: «Tampoco resulta satisfactorio exigir la probabilidad de la producción del resultado delictivo, por consideraciones de política criminal, ya que se reduciría excesivamente el ámbito de las conductas punibles» (CEREZO, *PG UNED*, p. 128).

(385) JAKOBS *Estudios*, p. 305.

(386) *Ibíd.*, p. 305.

(387) SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 212.

10. Gimbernat identifica el contenido de la expresión legal «actos que objetivamente deberían producir el resultado» (art. 16.1 CP), con el juicio de un hombre medio objetivo: «que con el mismo desconocimiento parcial del autor (...) y con un conocimiento nomológico objetivo de las leyes de la naturaleza, hubiera llegado a la misma conclusión del sujeto activo de que el hecho exterior iba a lesionar el bien jurídico protegido.» Caso contrario, si dicho observador en las mismas condiciones considera que el comportamiento no implicaba ningún peligro, la tentativa será impune. De esta manera, la apreciación que tenga el autor particular acerca de su representación es irrelevante, por ejemplo está convencido que es posible quitar la vida con sortilegios, pues da por vigentes «leyes de la naturaleza que, en la realidad, ni existen, ni nadie objetivamente, piensa que tengan validez alguna». Por todo lo dicho, Gimbernat entiende que «la llamada imprecisamente “tentativa inidónea” (imprecisamente porque todas las tentativas son, por definición, inidóneas) seguirá siendo punible» y sólo quedarían al margen las tentativas irreales o supersticiosas (388).

Comparto con Gimbernat la opinión de no distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas, aunque las razones que le mueven a efectuar tal afirmación tengan un contenido diverso a las mías. Parecería que se hace depender la peligrosidad de la conducta de un adecuado conocimiento nomológico del autor a juicio del «hombre medio objetivo»; sin que se abarque en el mismo la valoración de los errores ontológicos o de percepción de la situación del hecho. Quizás, el motivo haya que encontrarlo en su contundente afirmación de que «desde un punto de vista objetivo, todas las tentativas son inidóneas» (389). Es decir, en el sentido de que toda tentativa incorpora un déficit en el objeto, en los medios o en el sujeto que la hace inepta para lograr la lesión del bien jurídico; carencia que puede provenir del azar o del propio error del autor en la apreciación de la situación. Ciertamente, desde el punto de vista de capacidad de lesión toda tentativa es inidónea, pero no así respecto a su capacidad *de puesta en peligro* del bien jurídico. Desde esta referencia, sí se puede hablar de una y otra clase; y, en consonancia con la tesis que mantengo, las tentativas que no llegan a crear una situación de peligro –las inidóneas– o son impunes o constituyen *por sí mismas* un delito de peligro abstracto. Por eso, al igual que Gimbernat considero que sólo hay una clase de tentativas penalmente rele-

(388) GIMBERNAT, *Prólogo*, pp. 23 y 24.

(389) *Ibíd.*, p. 22.

vantes, pero no porque sean todas ellas inidóneas, sino al contrario, porque toda tentativa que merece tal tratamiento debe ser idónea.

11. En una línea similar a la de Gimbernat se expresa Mir Puig y Silva Sánchez al considerar que una solución objetiva del problema es necesaria para un Derecho penal preventivo propio de un Estado social y democrático de Derecho. Un tal Derecho debe penar comportamientos que *ex ante*, y por intermedio del juicio emitido por un observador objetivo situado en la posición del autor, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos; ya que *ex post*, toda tentativa demuestra no haber sido suficientemente peligrosa para consumar el delito (390). No obstante, esta última afirmación no reviste el grado de contundencia alcanzado por Gimbernat, ya que se acepta distinguir *ex post* entre tentativas *ex ante* peligrosas; o, lo que es lo mismo, se admite establecer graduaciones de la peligrosidad *ex post*. En efecto, Silva Sánchez, sostiene la posibilidad de introducir más elementos en el juicio que los presentes en el juicio *ex ante*, aunque no el hecho de la producción o no del resultado, de suerte que por esta vía se encontrarán tentativas que muestren todavía un peligro concreto *ex post* y otras que desde el inicio de ningún modo podrían conducir a la consumación del delito (391). Naturalmente, el juicio *ex post* lo realiza el hombre medio al margen de la posición del autor, de modo que dicho observador podrá entonces advertir el peligro o no advertirlo, en el primer caso sería una tentativa idónea, y en el segundo inidónea (392).

Obsérvese que Silva, a diferencia de la teoría subjetiva e incluso del propio Gimbernat, no hace depender la distinción entre tentativas idóneas o inidóneas (directamente) de la clase de error en el que incurre el autor. Y ello porque comparte también la idea de que no sólo resulta confusa la distinción entre un error nomológico (que llevaría a una tentativa inidónea) y un error ontológico, sino porque puede haber errores ontológicos que pueden conducir a formular un juicio de no peligrosidad y errores nomológicos que sí pueden hacerlo (393). Observaciones que comparto, aunque no así lo que sigue.

12. Tanto Mir como Silva se conforman con una *apariencia de idoneidad ex ante de la conducta*; es decir, con una apariencia de peligrosidad para el espectador objetivo (394). La razón reside en que la

(390) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347 y *Función de la pena*, p. 70; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 124.

(391) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 70.

(392) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 126.

(393) *Ibíd.*, p. 127.

(394) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347 y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 127.

diferencia entre un peligro *real* y un peligro *putativo* es de grado, de modo que al final la cuestión de fijar la frontera entre uno y otro es una cuestión valorativa y no ontológica. «Lo que se denomina “real”, en puridad no es necesariamente real (en el sentido “fuerte” del término), sino aparente», afirma Silva, «lo “real” es una fórmula expresiva de un consenso social máximo sobre su existencia»; y, concluye: «es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad» (395).

Esta formulación resulta en extremo familiar a la sostenida por Jakobs en su artículo «*Tätervorstellung und objektive Zurechnung*», cuando afirma que la vieja teoría de la falta de tipo había observado correctamente que en la tentativa la realidad no puede ser suplantada por cualquier fantasía, pues la representación del autor debe ser comunicativamente relevante desde el punto de vista social, ya que es la única forma de ser reconocida como perturbación, como realización del tipo (396). De aquí a sostener que es el «*consenso cultural*» el que constituye la obligada referencia para establecer el juicio de tipicidad, permite concluir que las diferencias de criterio entre uno y otro autor son más bien terminológicas. Lo único que los separa es que Jakobs adscribe la relevancia comunicante del conocimiento a la representación de un hecho en el sentido del § 22 StGB; mientras que Silva lo hace respecto a la *expresividad* del peligro en el sentido del artículo 16.1 CP.

Por esta razón, no resulta muy consecuente la crítica que hace Silva a los seguidores de la teoría subjetiva (397) por pretender corregir —en términos objetivos— el juicio sobre la representación del autor demandando de ella un «*sentido social típico*» de la acción (398). Me atrevería a afirmar, que es precisamente con la adopción de este criterio valorativo, donde las versiones moderadas de la teoría objetiva y subjetiva concuerdan, situándose ambas así en una zona de encuentro, según se mire: objetivo-subjetiva o subjetivo-objetiva. En todo caso, como reconoce el propio Jakobs este criterio, puesto al día sin duda, tiene su origen en la teoría de la impresión.

(395) *Ibíd.*, pp. 127 y 128.

(396) JAKOBS, *Estudios*, p. 235. «La teoría de la tentativa basada únicamente en la perspectiva del autor renuncia a la comprobación de si éste, con su comportamiento “intentado” alcanza el contexto en el que se desenvuelve el fenómeno social jurídicamente regulado»; y más adelante: «Dado que lo injusto conforma una perturbación social, injusto sólo puede ser, siempre, un comportamiento por medio del cual el autor exterioriza algo; esto es, sólo hay injusto cuando tiene lugar la realización del tipo» (*Ibíd.*, pp. 231 y 232).

(397) *Ibíd.*, p. 126.

(398) Véase SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 213.

13. La distinción entre peligro real y putativo no puede hacerse depender de consideraciones ontológicas o nomológicas, son simplemente circunstancias que integran el ámbito fáctico sobre el cual habrá de emitirse el juicio de peligrosidad (y el de peligro). El contenido de ese juicio, el momento del deber ser, exige ineludiblemente su formulación en términos normativos. Por eso, es necesario utilizar un concepto normativo de peligro que se adecue a las exigencias objetivas requeridas en el artículo 16.1 de nuestro Código Penal. No creo que tales exigencias las cumpla un concepto de peligro fundado en el «*consenso social*», cuestión que nos conduciría a una discusión de mucho mayor alcance de lo que aquí se está debatiendo. Sí, en cambio, se alcanza ese momento del «*deber ser*» cuando se pone en relación la probabilidad de lesión establecida por intermedio de un juicio cognoscitivo con el bien jurídico. Por esta razón, el juicio de peligrosidad no decide sobre la apariencia de un peligro, sino sobre la *potencialidad* de un peligro para el bien jurídico.

3. La tentativa inidónea no es punible

14. Puesto que la tentativa sólo es punible en los delitos dolosos, un significativo sector de la doctrina deduce que sea únicamente el desvalor de la acción el que conforme el contenido material de su antijuridicidad. Según hemos podido comprobar, concuerdan en esta opinión tanto los partidarios de la teoría subjetiva, como los seguidores de la teoría objetiva aferrados a una excluyente perspectiva de análisis *ex ante*. No es este el fundamento de la punición del acto ejecutivo aquí seguido. Como se ha dicho en otras ocasiones, el fundamento del delito consumado e intentado debe ser por necesidad unitario y responder a las mismas exigencias político-criminal y preventiva que preside al Derecho penal (399). En consecuencia, el injusto de la tentativa, como cualquier otro, exige también de un desvalor de resultado. Para explicar de tal desvalor conviene tomar como modelo el injusto de los delitos de peligro concreto (400), a cuya estructura se debe asimilar el delito intentado (401).

(399) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 431.

(400) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDCASAS. *Lecciones*, p. 239; de la misma opinión MIR PUIG aunque sólo para la tentativa idónea (*PG* 1996, p. 347).

(401) Con arreglo a la primera versión de la teoría objetiva el peligro concreto que entraña el ataque contra un bien jurídico constituía el motivo por el cual se castigaba la tentativa (FEUERBACH, «*Lehrbuch*», § 42 nota 3). Naturalmente chocaban con dificultades insalvables al partir de un concepto ontológico y no normativo del peli-

Entre los que nos orientamos por una fundamentación objetiva del intento surgen importantes discrepancias en cuanto a la forma de establecer la presencia del peligro. Para un sector doctrinal hoy dominante solamente la peligrosidad objetiva (estadística) de la conducta es suficiente para justificar el adelantamiento de la punibilidad. La razón de esta limitación reside en que las normas que prohíben (o mandan) conductas en el momento en que pueden realizarse (*ex ante*) no deben prohibir *ex post* los resultados de lesión, ni la puesta en peligro (402). Sin embargo, no se descarta una valoración posterior, que sin decidir sobre la peligrosidad de la acción, lo hará sobre la idoneidad o no del intento (403). De esta manera, será posible castigar las tentativas inidóneas en razón de la «*apariencia de idoneidad ex ante*» (para el observador objetivo); y, las idóneas por su aptitud real, también *ex ante*, de alcanzar la consumación; en las primeras concurriría un peligro abstracto y en las segundas un peligro concreto (404).

A la vista de la nueva regulación legal de la tentativa, no parece la fórmula más sencilla y adecuada para ser aplicada por los Tribunales. Tampoco útil, dado que la decisión (*ex post*) acerca de la idoneidad del intento se realiza *directamente* en consideración a meras propiedades de ser —objeto, medios, sujeto— que, como vimos, lejos de esclarecer al observador lo sumen con frecuencia en la perplejidad más completa (405). Por último, adolece de inconsecuencias sistemáticas: a) el injusto de la tentativa inidónea manifiesta un contenido diferente del de la idónea; y b) a pesar de atribuirse a la tentativa idónea la estructura propia de un peligro concreto su constatación se verifica por intermedio de un juicio abstracto de peligrosidad (406).

gro. La versión moderna se debe a Von Hippel y se reduce al establecimiento de un juicio *ex ante* de peligrosidad.

(402) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 69 y PG 1996, pp. 329 y 330.

(403) «...yo no introduzco elementos *ex post* para decidir dicha peligrosidad, sino sólo para determinar la idoneidad o inidoneidad de la tentativa, que para mí no afecta el injusto» (MIR PUIG, PG 1996, p. 346, nota n. 59).

(404) *Ibíd.*, p. 347.

(405) En efecto, Mir aprecia tentativa inidónea «cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado» (PG 1996, p. 346).

(406) Posiblemente, por estas razones Silva Sánchez difumina las diferencias entre peligro putativo y real, alegando que la noción de peligro, en última instancia, es fruto del «*consenso social*» (SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 127 y p. 128 nota n 329). La necesidad de proporcionar coherencia sistemática a una determinada propuesta tiene también sus límites. El contenido pretípico de la noción de peligro, por ejemplo la acción que manifiesta una amenaza contra la vida, contiene una especificidad material estandarizada o concreta que no debe ser suplantada por consideraciones sociológicas. Por desgracia, la historia reciente nos ofrece un abundante repertorio de

El núcleo de la tesis que se propone lo constituye una noción normativa de peligro (407) ausente en el resto de las teorías objetivas. Las premisas o criterios utilizados, ya tratados en anteriores capítulos, serían los siguientes:

a) Se considera factible distinguir entre peligrosidad de la acción y estado o situación de peligro.

b) La constatación de uno y otro momento debe realizarse por intermedio de dos juicios distintos: uno de peligrosidad *ex ante* y otro de peligro *ex post*.

c) El contenido fáctico del primero lo conforman las circunstancias concurrentes en la acción conocidas por el autor y valoradas estadísticamente por un perito (el observador imparcial); su relevancia penal se deduce de conectar esa valoración natural con el bien jurídico particular.

d) El contenido fáctico del juicio de peligro (concreto) decide sobre la falta de dominabilidad de la situación creada por el autor a través de medios normales de defensa; su relevancia penal expresa el grado de proximidad lesiva de la situación de peligro con el bien jurídico correspondiente.

15. En síntesis, 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. Plasmación que 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.

El juicio de peligrosidad es abstracto y se realiza *ex ante* por el observador objetivo colocado en la situación del autor (408). Sin embargo, la probabilidad de lesión establecida por vía de un juicio cognoscitivo sólo será penalmente relevante si de su enlace teleológico con el bien jurídico particular aparece un riesgo para el mismo. Constatada la potencialidad lesiva de la conducta se efectúa a continuación el juicio de peligro. Por su intermedio, se establece el grado de peligro concreto que manifestaba el acto o los actos ejecutivos res-

equivocaciones de la opinión pública y de su arquetipo —el famoso «observador»— a la hora de establecer lo que es o no es peligroso para un bien jurídico. Naturalmente, esta cuestión nos llevaría a discutir sobre un aspecto esencial: las relaciones entre la legalidad y la legitimidad en el Derecho penal.

(407) Demuth: «peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa» (DEMUTH, *Gefahr begriff*, p. 209).

(408) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDRECASAS, *Lecciones*, p. 239.

pecto del bien jurídico particular. Evidentemente, el juicio debe realizarse *ex post* y deberá indagar acerca de las razones por las cuales no se alcanzó la consumación del delito.

El juicio de peligrosidad establece la presencia de un peligro abstracto y con él se descartan las tentativas irreales o supersticiosas; el juicio de peligro establece la presencia de un peligro concreto y con él se eliminan las tentativas inidóneas. Puede suceder que respecto del bien jurídico particular la acción comporte un peligro abstracto, aunque no concreto, en ese caso la acción será punible si existe un tipo legal comprensivo del desvalor del hecho; de lo contrario la acción queda impune.

16. Con esta fórmula se propone una fundamentación única para todos 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, así, como el punto de referencia alrededor del cual deberá girar la dogmática particular de estas formaciones típicas. Por esa razón, al no haber peligro, ni peligrosidad inadecuados no se admite el castigo de las llamadas tentativas inidóneas; se prescinde de argumentaciones extrañas, adecuadas para una regulación subjetivista de la tentativa –la del § 22 del StGB– por ejemplo, que la tentativa inidónea y la irreal constituyen errores invencibles de tipo o normativos al revés (409); por último, se gana en seguridad jurídica ya que se impone un doble filtro normativo, ajustándose los juicios a los requerimientos de la imputación objetiva.

Así pues, la peligrosidad abstracta de la conducta más el estado de peligro aparecen como requisitos objetivos en el injusto del delito intentado a tenor de la nueva regulación que de ella se hace en el nuevo Código Penal.

4. Capacidad resolutive de la propuesta

17. Podría parecer que los criterios propuestos llevan a una reducción exagerada del ámbito típico en esta forma de aparición del delito. Esta opinión es sólo parcialmente cierta, pues a diferencia de la versión radical de la teoría objetiva, la idoneidad de la acción no se valora respecto a su aptitud de causar la lesión, sino respecto a su capacidad de crear un peligro concreto de lesión. Solución que, por una parte, permite descartar tentativas inidóneas cuyo castigo se justificaba en meras representaciones –en el dolo del auto–; y, por otra,

(409) BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 116 y 117; SILVA SÁNCHEZ y otros, *Iter Criminis*, pp. 382 y 383. El desarrollo de esta fórmula en JAKOBS, *PG*, p. 879 y en SANCINETTI, *Fundamentación*, p. 51.

incluir como idóneas, tentativas que por motivos ontológicos se consideraban inidóneas.

Valga como muestra de lo dicho una sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero de 1992, por la que se desestima el recurso que solicitaba la calificación del hecho como homicidio frustrado, confirmando la sentencia que apreciaba tentativa inidónea de homicidio. El supuesto era el siguiente:

El imputado había asestado a su adversario dos puñaladas hasta el mango de una navaja de seis centímetros de hoja, una en la zona deltoidea derecha y otra en la región precordial. A la vista de los hechos el TS entiende que el examen de la inidoneidad debe realizarse *ex ante* y con tal criterio «difícilmente puede causarse la muerte, con una navaja de seis centímetros de hoja, que, aunque se clavó hasta el mango, como se describe en el factum, no ocasiona la muerte del sujeto pasivo» (410).

De acuerdo con nuestra tesis la conducta es pasible de un juicio afirmativo de peligrosidad potencial (abstracta) al incorporar su conducta un riesgo penalmente relevante para la vida. La valoración *ex ante* del observador se realiza sobre la siguiente situación fáctica: «comportamientos expertos de individuos que asestan puñaladas.»

Asimismo, cabe apreciar una situación concreta de peligro para el bien jurídico, ya que éste se ha encontrado de tal modo inmerso en el radio de la acción peligrosa, que las medidas preventivas normales de defensa no han resultado suficientes para impedir *con seguridad* el resultado lesivo. De acuerdo con el concepto normativo de peligro asumido (411), las heridas inferidas no fueron capaces de «causar la muerte del sujeto pasivo», pero sí para colocarle en un grave riesgo de muerte; pues ese suceso no llegó a producirse por mera casualidad o por la concurrencia de circunstancias inusuales —es decir las predisuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños— (por ejemplo: el individuo gozaba de una fuerte complexión atlética o era excesivamente obeso, vestía ropas de cuero en el momento del ataque, una costilla desvió el golpe mortal, etc.). Por lo demás, la valoración de la prueba realizada por el Tribunal en cuanto a la longitud de la hoja del cuchillo y su capacidad lesiva resulta absolutamente incomprensible.

(410) Sentencia recogida por SOLA RECHE, en *Tentativa inidónea*, p. 225, nota n. 112.

(411) *Infra*, § 4.4/15.

Otra sentencia en la que se utilizan los mismos argumentos en este caso para descartar la frustración y sí tentativa de homicidio es el que proporciona la STS de 29 de diciembre de 1995. Según los antecedentes de hecho A. se había acercado a B. poniéndole una pistola en la cara, pero éste «(...) inmediatamente reaccionó protegiendo su faz con la mano derecha, de suerte que uno de los disparos efectuados por el procesado impactaran en la mano de B. y posteriormente rebotara en la mandíbula derecha de la cara...» de modo que sólo sufrió lesiones. En los Fundamentos de Derecho se dice: «Al haber entendido el Juzgador *a quo* que el sujeto activo del delito objetivamente no ejecutó los actos necesarios y precisos para consumir el delito (...), aun cuando subjetivamente tuviera ánimo de matar, para lo que utilizó un arma de fuego, las lesiones realmente causadas a la víctima del delito en ningún caso hubieran producido la muerte de la víctima por lo que no se puede mantener que realizó todos aquellos actos ejecutivos que eran precisos objetivamente para consumir el delito».

Silva Sánchez se vale de esta sentencia para confirmar que «una determinación *ex post* de los “actos que objetivamente deberían producir el resultado” excluirían del ámbito del artículo 16.1 a buen número de tentativas idóneas» (412). Tal consecuencia no llegará a producirse si la capacidad del intento se refiere a la puesta concreta de peligro. Objetivamente, todo peligro concreto conduce inevitablemente a la «producción del resultado» salvo que lo impida lo fortuito o la concurrencia de alguna circunstancia extraordinaria. Por esta razón, habría que haber apreciado en el marco regulativo del anterior Código Penal delito de homicidio frustrado o tentativa acabada de homicidio con el vigente.

18. En otro grupo de casos, la jurisprudencia ha fundamentado el castigo de la tentativa inidónea en base a la simple y escueta representación del autor. Supuestos que aquí se consideran de todo punto impunes.

Como síntesis de esta concepción claramente subjetiva merece la pena reproducir una parte de los Fundamentos Jurídicos recogidos en una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (413), en la que se declara lo siguiente:

«El delito o tentativa imposible tiene su base normativa en el art.52.2 del Código penal, constituyendo una figura propia, recono-

(412) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 134.

(413) También en otra STS de 5 de julio de 1993 se señala como uno de los requisitos para que concurra tentativa inidónea (punible): «*que exista una intencionalidad patente y manifiesta en dirección a una figura delictiva representada y querida.*»

ciéndose como fundamento de la punibilidad la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía a la norma, así como por la conmoción colectiva que produce en el medio social esa conducta, haciéndose intolerable para el común y pacífico sentir de las gentes.»

Esta orientación jurisprudencial, como diría Jakobs, propia de un «*Derecho penal de enemigo*» (414), no repara en la ausencia de peligro, siquiera lejano, para el bien jurídico protegido, desvelando algunas de las verdaderas intenciones que se persiguen con el castigo de esta clase de tentativas. En efecto, al amparo de la regulación del anterior Código Penal, que castigaba el aborto con resultado de muerte o lesiones graves realizado o intentado en mujer no embarazada y la tentativa de delito incluso en caso de imposibilidad de ejecución (art. 411 y art. 52.2 CPTR), el TS (415) y cierto sector doctrinal estimó que en el aborto eran posibles todas las formas imperfectas de ejecución, incluidas las tentativas absolutamente inidóneas. Dicha posición evidencia cómo el delito imposible ha sido el expediente utilizado por los jueces para solventar los difíciles problemas de la prueba del embarazo, aunque ni siquiera en este caso puede justificarse un castigo que delata, «un transfondo moralista más próximo a un Derecho penal inquisidor, de autor, de carácter fascista y autoritario, que al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho» (416).

El delito imposible de omisión de deber de socorro constituye otro significativo ejemplo no sólo de adelantamiento punitivo, sino de ampliación del ámbito típico (417). El Tribunal Supremo asume que la omisión de todo intento de auxilio por parte del causante del accidente, sin cerciorarse de la muerte instantánea del sujeto, o de que estaba siendo auxiliado por terceros, configura una tentativa inidónea punible. Alternativa a la que se accede por vía de una inadmisibles interpretación extensiva del tipo, pues los presupuestos que condicionan la presencia del deber no pueden hacerse depender de la supuesta existencia de una obligación por parte del omitente, sino de que existan o no existan objetivamente. «Admitir la punición de la tentativa inidónea supone cabalmente inferir del deber de auxilio un previo y adicional deber penal de cerciorarse si concurre el mismo, extensión

(414) Infra § 4.2/6.

(415) STS de 30 de diciembre de 1955; STS de 23 de enero de 1981 y SAP de Gerona de 14 de diciembre de 1993.

(416) MUÑOZ CONDE, *PE*, p. 89.

(417) SSTS de 5 de diciembre de 1989, 8 de marzo de 1990, 20 de diciembre de 1991 y 25 de octubre de 1993.

de la punibilidad inaceptable en el contexto del carácter excepcional que asume la punición de la infracción de normas preceptivas» (418).

19. Por otra parte, la exigencia de un doble juicio normativo permite, caso de manifestar la acción sólo una peligrosidad abstracta para el bien jurídico, la posibilidad de su castigo siempre que exista un tipo penal en el cual esa conducta pueda subsumirse.

Por eso, el «intento de homicidio» con el arma descargada, o el disparo sobre un cuerpo muerto, desde nuestro punto de vista, manifiestan una peligrosidad potencial (abstracta) para bienes jurídicos individuales como la integridad física o la vida, pero en ningún caso genera un estado de peligro (concreto) para la vida como bien jurídico particular de referencia. De aquí, la calificación de los hechos deberá conducirnos al tipo de la tenencia ilícita de armas y no al de una tentativa (inidónea) de homicidio. En este sentido, nos parece correctamente ajustada a la nueva regulación de la tentativa la sentencia dictada en 1996 por la Audiencia Provincial de Zaragoza al resolver el caso en sentido similar al propuesto (419).

20. La situación o estado de peligro admite una gradación objetiva expresiva de la proximidad o lejanía de la amenaza a la integridad del bien jurídico. En determinados casos la concreción del peligro alcanzará su cota más alta: se han realizado todos los actos ejecutivos y la tentativa está acabada; en otros, tal estado se irá poco a poco diluyendo en una tentativa inacabada, hasta que, por fin, el peligro sea de tan escasa entidad que pasa a ser abstracto. Naturalmente, la decisión que se tome al respecto debe realizarse desde la perspectiva del tipo particular y, por supuesto, en consideración de todas aquellas circunstancias salvadoras que impidieron finalmente la producción del resultado (420).

Sin duda, este grupo de casos presentan una fuerte cuota de incertidumbre y quedan sujetos, en última instancia, a la discrecionalidad judicial. Por ejemplo, salvar la vida por la intervención de un tercero cuando estaba siendo encañonado con un arma; sobrevivir a una dosis de veneno que en contados casos produce efectos letales; intentar un robo por el procedimiento del butrón que se frustra porque, a la vista del espesor de la pared y de los instrumentos que emplean los autores para forzarla, éstos no eran aptos para forzar aquélla (421); querer acabar con su vida y con la de su enemigo lanzando su coche contra el de aquél, accidente que no se concreta gracias a la habilidad de la víc-

(418) QUINTERO OLIVARES/VALLE MUÑIZ, *CPE*, p. 289.

(419) Véase § 4.4/16.

(420) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 796; *Infra* § 4.4./15.

(421) Ejemplo tomado de GIMBERNAT en *Prólogo*, p. 23.

tima; etc. Desde nuestro punto de vista todos estos peligros son idóneos, y constituyen en su caso tentativa de homicidio o de robo. En cada uno de los ejemplos propuestos el bien jurídico se encontraba inmerso en el radio de la acción peligrosa; no obstante, la intromisión de un curso causal insospechable impidió que se llegara a efectuar el disparo; un inusual medio salvador —el espesor del muro— frustra el robo; la excepcional salud o experiencia en la conducción salva a la víctima de morir envenenada o arrollada. La discusión, por tanto, quedaría remitida en decidir si nos encontramos ante una tentativa acabada o inacabada.

Por esa razón, lo ajustado a Derecho sería apreciar tentativa inacabada de estafa (art. 250.1, n. 3. CP), en absoluto inidónea, en el caso siguiente:

«Se declara probado que el procesado prevaleándose de la amistad que le unía con M. penetró en la habitación ocupada por éste en el hotel y se apoderó de tres talones de cuenta corriente del B.P.E., que estaban en blanco, los que rellenó con las cantidades..., poniendo al pie de cada uno de ellos su propia firma (...). Al ser presentados para su cobro no fueron pagados ya que la firma estampada en los mismos, no correspondía a la del titular de la cuenta corriente» (STS de 11 de diciembre de 1968).

El acto ejecutivo consistente en presentar al cobro el talón bancario constituye una acción que escapa ya a la dominabilidad del autor situando al bien jurídico en una zona próxima de lesión. Es decir, tal como exige el artículo 248 del Código Penal, el peligro se ha concretado en un engaño «bastante para producir error en otro».

Decíamos que uno de los requisitos normativos del peligro lo constituye el grado de proximidad lesiva de la acción respecto del bien jurídico. Proximidad que exige para la no producción del resultado la intervención del azar o la utilización por parte de la víctima o de terceros de medios de defensa fuera de lo normal. Pues bien, estos criterios sirven para resolver supuestos en los que la doctrina tradicional ha venido apreciando inidoneidad por ausencia de objeto.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo apreció tentativa inidónea de homicidio en el siguiente caso: *«(...) el recurrente con ánimo de matar, dispara con tiros de escopeta del calibre n. 12 sobre el asiento del coche donde había visto al conductor anteriormente, pero éste ya se había salido, sin ser observado por el recurrente» (STS de 26 de febrero de 1981) (422).*

(422) SILVA SÁNCHEZ y otros, *Iter criminis*, pp. 382 y 383.

Desde nuestro punto de vista existe un resultado de peligro que no culmina con la muerte o lesiones de la víctima por la simple intervención del azar. A la misma conclusión, se llega si la víctima advertida de la inminencia del ataque se refugia bajo el salpicadero del coche, o lo abandona apresuradamente; o si despertado por el ruido, salta de la cama y se esconde en un armario o coincide que se había levantado para beber un vaso de agua evitando así su muerte, etc. En todos estos supuestos, sea por la casualidad o por mediar una perspicacia y estado de ánimo poco corrientes, y por lo tanto no exigibles al común de las personas, el resultado lesivo no llega a producirse.

Se diría, que el problema reside aquí en determinar el alcance del radio de la acción peligrosa, hasta donde son operantes esos cursos salvadores fortuitos o esas medidas excepcionales y desde donde la concurrencia de otros factores les hacen perder relevancia penal. Por esta razón, es sumamente importante delimitar razonablemente el ámbito fáctico de valoración. En el supuesto de la sentencia examinada, el intervalo de tiempo que media entre el instante en que el agresor visualiza a la víctima y el momento en que efectúa el disparo es tan insignificante, que la «suerte» sigue siendo un factor salvador. Caso distinto sería, si la víctima hubiera abandonado el coche unas horas antes y el autor, mal informado, disparara a bulto en la penumbra. En este caso, sí se trataría de una tentativa inidónea impune. Apreciación, sin duda discrepante con los que se conforman con la aptitud «objetiva» de la representación mental del autor o de la de aquellos que fían la constatación de la idoneidad a una alambicada discusión acerca del carácter vencible o invencible del error del agente (423).

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
ANTÓN ONECA, en Antón Oneca/Rodríguez Muñoz, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, 2.^a edic. 1986. Madrid (cit. PG).
ARROYO ZAPATERO, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
ARZT, «Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo», en *Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin-New York, 1996.
ARTZ/WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 2*, vid. «Delikte gegen die Personen, Schwerpunkt: Gefährungsdelikte, 1983 (cit. BT).

(423) SILVA SÁNCHEZ y otros, *Iter Criminis*, pp. 382 y 383.

- BACIGALUPO, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», en *LH a Jiménez de Asúa*, 1986.
- BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994.
- BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*. Madrid, 1977.
- BAUMANN-WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, edic. 9, Bielefeld, 1985 (cit. *AT*).
- BELING, *Die Lehre vom Tabestand*, 1930.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Concepto, método y fuentes del Derecho penal*, texto mimeografiado. Salamanca, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *El delito ecológico*, Coord. Terradillos Basoco, Madrid, 1992.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Ensayos penales*, Sinaloa, 1994.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
- BERDUGO-ARROYO-GARCÍA RIVAS-FERRÉ-PIEDRECASAS. *Lecciones de Derecho penal*. Parte General. Madrid, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 1997.
- CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General, t. I. Introducción, t. II. Teoría Jurídica del Delito. 5.^a edic. Madrid, 1997 (vid. *PG*. en su caso I o II).
- CEREZO MIR, *Derecho Penal*. Parte General (UNED), Madrid, 1997 (vid. *PG UNED*).
- COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*. Parte General, 2.^a edic. Valencia, 1987 (cit. *PG*).
- CÓRDOBA RODA, *Notas de Derecho penal español a Maurach*, Tratado de Derecho Penal, 1962.
- CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, 1962.
- CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 12.^a edic. 1956 (cit. *PG*).
- CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995.
- DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Tesis Doctoral. Salamanca, 1997.
- DIEZ RIPOLLÉS, «La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal», en *ADPCP*, 1990.
- EBERT-KÜHL, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *JurA*, 1979.
- ENGISCH, *Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal*. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales. Madrid, 1994.

- FARIA COSTA, *O perigo em Direito penal*, Coimbra, 1992.
- FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*. Doctrina y jurisprudencia. Barcelona, 1986.
- FERRÉ OLIVÉ, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
- FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.
- FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14.^a edic., 1847.
- GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», en *FS für Ernst Heinitz*, 1972.
- GALLAS, «Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *FS für P. Bockelmann*, Múnich, 1979.
- GARCÍA RIVAS, *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, en prensa (Praxis). Albacete, 1995.
- GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en un Estado de Derecho*. Cuenca, 1996.
- GARCÍA RIVAS, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a edic. Madrid, 1981.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la segunda edición del Código Penal*, Técnos, 3.^a edic. 1997.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del Derecho penal*. Parte General. Madrid, 1992.
- GÓMEZ BENÍTEZ, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo de las desviaciones causales», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994.
- GRACIA MARTÍN, «Política criminal y Dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España», en *AP*, 1994. pp. 307-379.
- HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964. Traducida al español por E. Gimbernat «Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho», 1964.
- HIPPEL, *Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*. Berlín, 1972.
- HIRSCH, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.^a edic. 1978 (vid. LK).
- HIRSCH, «Gefahr und Gefährlichkeit», en *FS A. Kaufmann*, Heidelberg, 1993.
- HIRSCH, «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», *ZStW* 106, 1994.
- HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.
- HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.
- HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984.

- KLEINE-COSACK, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlín, 1988.
- KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en *Jung* y otros, *Recht und Moral*, 1991.
- JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlín/New York, 1972.
- JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992.
- JAKOBS, «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación». Traduc. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Muriillo. 1995 (cit. *PG*).
- JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. por Cancio Meliá y Feijó Sánchez. Madrid, 1996.
- JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Traducido y comentado por Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, 1997.
- JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte General. Vol. II. Trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Granada, 1981 (cit. *PG*).
- KAUFMANN, A., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologie und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN, A., «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», en *ZStW* n. 80, 1968, pp. 34 y ss.
- KAUFMANN, A., «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht» en *FS für Welzel*, Köln, 1974.
- KAUFMANN, A., «Die Bedeutung hypothetischer Erfolg und seine Kausale Erklärung im Strafrecht» en *FS für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961.
- KAUFMANN, A., «Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan», en *NPP*, 1973.
- KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt, 1989, p. 163.
- KLUG, U., «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen», en *Skptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*. 1981.
- KLUG, U., «Zur Problematik juristischer Definitionen» en *Skptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*. 1981.
- KRATSCHE, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlín, 1985.
- KUHLEN, «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», en *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. Mir Puig-Luzón Peña) 1996, (pp. 231 a 241).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción y revisión M. Rodríguez Molinero. 1.ª edic. Barcelona, 1994.
- LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992.
- LUZÓN PEÑA, *Comentarios a la legislación penal*, Vol. V (dctor. Cobo del Rosal).
- LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, 1978
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*. Parte General. Madrid, 1996 (cit. *PG*).

- MAQUEDA ABREU, «Los elementos subjetivos de justificación», en *La Ley*, 1984 (2).
- MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, traduc. y comentarios Córdoba Roda, Barcelona 1962. (cit. *TPG*).
- MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, «Derecho penal». Parte General Vol. II. Trad. por Bofill Genzsch de la 7.^a edic. 1995 (cit. *PG*).
- MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912.
- MEZGER, «Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände», en *FS für Ludwig Traeger*, 1926.
- MEZGER, «Derecho Penal. Parte General». Traduc. y notas de Rodríguez Muñoz. 1.^a edic. Buenos Aires, 193 (cit. *PG*).
- MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a edic., 1982.
- MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto», en *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*. 3.^a edic. Barcelona, 1990/ 4.^a edic. 1996 (cit. *PG / PG 1996*).
- MIR PUIG-LUZÓN PEÑA (Coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1966.
- MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972.
- MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*. Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal. Parte Especial», 11 edic. Valencia 1996 (cit. «*PE*»).
- MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*. Parte General. 2.^a edic. Valencia, 1996 (cit. *PG*).
- MUÑOZ CONDE-HASSEMER, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE-HASSEMER, *Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.
- NOWAKOWSKI. «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit» en *ZStW* 63, 1951. p. 287 y ss.
- NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Univ. de Salamanca, 1963.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, 1991.
- POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*. Univ. de Sevilla, 1972.
- POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974.
- PUPPE, I. *Causalidad*, traduc. Silva Sánchez, en *ADPCP*, 1992.
- PUPPE, I. «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», en *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. Mir Puig-Luzón Peña), 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, 1958 (cit. *PG*).
- QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, dir. Quintero Olivares, Pamplona, 1966.

- QUINTERO OLIVARES-VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, 1996. (cit. *CPE*).
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*. Parte General, 8.^a edic. Madrid, 1981 (cit. *PG*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*. Parte General, I, Madrid, 1977 (cit. *PG*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «La punición de los actos preparatorios», *ADPCP*, 1968.
- RODRÍGUEZ MOURULLO-CÓRDOBA RODA. *Comentarios al Código Penal*, T. I 1976.
- RODRÍGUEZ MOURULLO-CÓRDOBA RODA «Las fases de ejecución del delito», en *RJC*, n. extra, 1980.
- RODRÍGUEZ RAMOS, «El resultado en la teoría jurídica del delito», en *CPC*, 1977, pp. 442-459.
- RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*. Parte General, 4.^a edic. 1988 (cit. *PG*).
- ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963.
- ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*. Traduc. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- ROXIN, «Gedanken zum “Dolus generalis”», en *FS für Württemberg*, 1977.
- ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en *FS für Paul Bockelmann*, München, 1979.
- ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traduc. de E. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979.
- ROXIN, «Strafrecht Allgemeiner Teil» Vol. I. München, 1992 (cit. *AT*).
- ROXIN-STREE-ZIPF-JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2.^a edic. München, 1975.
- SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. Santa Fe de Bogotá, 1995.
- SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires, 1991.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.^a edic. Tübingen, 1975 (vid. *AT*).
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, «Strafgesetzbuch (Kommentar)», 22.^a edic. actualizada por Lenckner, Cramer, Esser y Stree. 1985, 24.^a edic. 1991 (vid. *Sch/Sch/Redactor*).
- SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte», en *JA*, 1975.
- SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, MJI, 1994.
- SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», en *GA* 5/1995.
- SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SERRANO-PIEDECASAS, *La estafa en el Contrato de seguro*, Barcelona, 1991.

- SERRANO-PIEDECASAS, «Crítica formal del concepto de omisión», en *ADPCP* Fasc. III, 1993.
- SERRANO-PIEDECASAS, «Lecciones de Derecho penal. Parte General», AA.VV. Barcelona, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del Iter Criminis (artículos 16-18)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ-BALDÓ LAVILLA-CORCOY BIDASOLO, «“Iter Criminis”. Actos preparatorios punibles. Tentativa de delito. Desistimiento de la tentativa», en *Casos de la Jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*. Barcelona, 1997.
- SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*. Granada, 1996.
- STRATENWERTH, «Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”», en *Recht und Staat*, n. 204, 1957.
- STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edic. Köln, 1981 (vid. PG).
- STRUENSE, «Versuch und Vorsatz», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989; trad. Serrano González de Murillo en CPC, 1989.
- STRUENSE, «Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102, 1990.
- TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981.
- TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», en *ADPCP*, 1986.
- TORÍO LÓPEZ, «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *Centro de Estudios Criminológicos*. Univ. de la Laguna, 1992.
- VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt, 1991.
- VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985.
- WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas por J. Cerezo Mir. Barcelona, 1964.
- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11.ª edic. Berlín 1969. Trad. castellana por Bustos/Yáñez, 2.ª edic. 1976. (cit. PG).
- WOLTER, «Konkret Erfolgsdelikt und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht», en *JuS*, 1978.
- ZACZYK, *Das Unrecht der Versuchten Tat*. Berlín, 1989.
- ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. M. Sancinetti. Buenos Aires, 1990.