

SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN EL INJUSTO

Santiago Mir Puig

ADPCP, T. XLI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 661-684

<http://www.cienciaspenales.net>

SECCION DOCTRINAL

Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

I

El debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito se ha centrado en torno al papel de lo objetivo y de lo subjetivo en el interior de dicha teoría. Frente a la concepción objetiva del injusto del causalismo naturalista y a su contraposición a una culpabilidad entendida como ámbito de lo subjetivo, el neokantismo advirtió la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos subjetivos en el injusto y determinados momentos objetivo-normativos en la culpabilidad. El finalismo que inició Welzel prosiguió esta evolución y culminó el abandono de la oposición de un injusto correspondiente a la *parte objetiva* del hecho frente a una culpabilidad concebida como la *parte subjetiva* del mismo. Sin embargo, esta distinción de parte objetiva y parte subjetiva del hecho no desapareció, sino que volvió a reproducirse en el seno del injusto, tanto en su parte positiva, distinguiéndose entre tipo objetivo y tipo subjetivo, como en su parte negativa, diferenciándose entre los presupuestos objetivos y los elementos subjetivos de la justificación. Un sector de discípulos de Welzel, encabezado por Armin Kaufmann (1) y representado en su forma más extrema por Zielinski (2), proponen reducir el injusto al desvalor subjetivo de la acción. Por otra parte, la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después, han puesto de manifiesto la necesidad de contemplar los conocimientos especiales del sujeto para decidir si concurre el propio tipo objetivo.

Por mi parte, he tratado de mediar en la polémica inclinándome a favor de una *perspectiva ex ante* que contemple el hecho «desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la cons-

(1) Cfr. ARMIN KAUFMANN: *Festschrift f. Welzel*, 1974, pp. 399 y ss., 403 y 411.

(2) Cfr. ZIELINSKI: *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 6, 128 y ss., 200 y ss.

tatación de que se ha producido un resultado» (3). Si la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho ha de ser la prevención (limitada) de delitos, la norma penal ha de tratar de motivar a la evitación de *conductas* delictivas. La evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El *resultado* «no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico» (4). «Ante la alternativa de desvalor de la acción o desvalor del resultado, un Derecho penal al servicio de la función de prevención debe inclinarse, pues, por el desvalor de la acción» (5). Pero ello no significa que entienda el injusto en sentido subjetivo. Al contrario, pongo el acento en lo objetivo en un doble sentido. Por una parte, afirmando que «un Derecho penal que quiera respetar el límite liboral del fuero interno (esto es, para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho) (...) sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger». «El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir» (6). Por otra parte, sostengo que «también es objetiva la razón que fundamenta la prohibición de una determinada conducta. Desde el planteamiento preventivista que resulta forzoso en un Estado social al servicio de la sociedad, la selección de los comportamientos que han de prevenirse y prohibirse bajo pena debe tener lugar en función del *peligro objetivo* que cada conducta supone para bienes jurídicos —y no en base a la gravedad de la *actitud interna* demostrada por la decisión delictiva» (7).

Es evidente que esta construcción pretende distanciarse tanto de una concepción causalista del injusto como de la teoría finalista del injusto personal, huyendo de la contraposición de lo objetivo y lo subjetivo para situarse en una perspectiva «ex ante» opuesta a la clásica consideración «ex post» del delito. Pero también es obvio que mi planteamiento da entrada tanto a elementos objetivos como subjetivos en el injusto, y al mismo tiempo quiere poner el acento en lo objetivo. En este trabajo querría profundizar en el papel que a mi juicio ha de corresponder a lo objetivo y lo subjetivo en la teoría del delito.

(3) Cfr. MIR PUIG: *Función*, 2.^a ed., 1982, p. 60.

(4) *Ibidem*, p. 66.

(5) *Ibidem*, p. 61.

(6) Cfr. MIR PUIG: *La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*, en «ADPCP», 1983, p. 12.

(7) MIR PUIG: *Función*, p. 63.

II

1. Lo primero que importa es aludir a la ambigüedad de los términos «objetivo» y «subjetivo».

Por de pronto, una cosa es que se incluyan en el injusto solamente elementos objetivos, en el sentido de externos y en contraposición a los elementos psíquico-internos, y otra cosa es que el juicio de antijuricidad se considere objetivo por hacerse depender de una norma objetiva de valoración. Así, Welzel considera que su concepto de antijuricidad sigue siendo objetivo, aunque incluya el dolo en el injusto de los delitos dolosos (8). Pero, del mismo modo, puede afirmarse que también la culpabilidad (jurídica) es un juicio objetivo y que su objeto se compone igualmente de elementos objetivo-externos y subjetivo-psíquicos. En todo ello habría acuerdo desde el neokantismo. Ni el sentido de la objetividad propia del juicio de antijuricidad, ni el carácter externo o psíquico de los elementos de su objeto pueden servir de base suficiente para contraponer las distintas concepciones «subjetivas», «objetivas» o «dualistas» del injusto (9).

Cuando me distancio del punto de vista subjetivista del finalismo y propugno una concepción objetiva del injusto, lo hago en dos sentidos distintos a los expresados. Por una parte, en el sentido de considerar que la razón *primera* que fundamenta la prohibición de una determinada conducta —es decir, lo que mueve al legislador a querer prohibirla— es una característica externa de la misma, su peligrosidad «ex ante» para un bien jurídico. De ahí que, aunque sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su contenido psíquico negativo, sino su peligrosidad externa. Por otra parte, esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado «ex ante». Aquí objetividad significa intersubjetividad. En todo caso, ha de quedar claro que la concepción objetiva del injusto que defiendo no pretende desconocer la necesidad de exigir para el mismo tanto elementos externos como psíquicos.

2. A continuación querría profundizar en el significado que corresponde a la parte subjetiva del hecho en la concepción del injusto que considero más adecuada al Estado social y democrático de Derecho. En este modelo de Estado constituye una conquista irrenunciable el principio según el cual el Derecho no puede castigar los *pensamientos*. Pero, ¿significa esto —como a veces se cree— que el Derecho, a diferencia de la Moral, no puede dirigir sus prohibiciones a la voluntad del sujeto? Ya he dicho que un Derecho que asuma como

(8) Cfr. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 51.

(9) Cfr., no obstante, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, pp. 25 y ss.

función la protección de bienes jurídicos ha de tratar de impedir aquellos hechos que «ex ante» aparecen como capaces de lesionarlos. Ello supone que no es un contenido psíquico, sino la peligrosidad externa de la conducta lo que ha de decidir su prohibición. Sin embargo, también es cierto que la única vía de que dispone el legislador para prohibir al ciudadano que realice tales comportamientos es la de dirigirse a su mente. La norma no puede dirigirse directamente al cuerpo ni a sus movimientos externos. De ahí que sólo puedan prohibirse conductas *voluntarias*. El imperativo normativo ha de dirigirse a la voluntad —aunque, como veremos, ésta sólo sea una parte de la conducta prohibible—. Pero, ¿cómo puede hacerse compatible esto con el firme propósito de que no es lícito castigar los pensamientos? *Es preciso distinguir entre los pensamientos y la voluntad que integra la conducta voluntaria.*

Habrà que superar la contraposición de todos los procesos psíquicos *internos*, como si constituyeran una unidad, frente a los hechos del mundo *exterior*. En orden a la cuestión que aquí importa de la determinación de la frontera de lo prohibible, lo decisivo no ha de ser la distinción entre lo externo, como lo prohibible, y lo interno, como lo no prohibible. La frontera ha de situarse entre los pensamientos y la conducta voluntaria, teniendo en cuenta que también ésta posee, junto a su manifestación externa, una parte interna constituida por la conducción voluntaria y consciente de aquella parte externa. A la unión de ambas partes debe referirse la prohibición. Por sí sola (separada de su control voluntario) la parte externa de la conducta es tan poco susceptible de prohibición como sus efectos posteriores (su resultado).

Pero importa, para evitar malentendidos, precisar la distinción propuesta entre pensamientos y voluntad que integra la conducta. El término «voluntad» es equívoco. Es frecuente utilizarlo para expresar el deseo de realizar un comportamiento. Se dice, así, que el que desea matar a otro *quiere* hacerlo. No es éste, evidentemente, el sentido que doy a la voluntad que integra la conducta, pues el solo deseo no hace que se produzca conducta alguna. Tampoco coincide la voluntad que integra la conducta con la *decisión intelectual* de llevar a cabo la conducta en un momento posterior (aunque sea inmediatamente posterior). La voluntad que aquí importa es la orden mediante la cual el cerebro activa los músculos dando lugar a una determinada conducta, a conciencia de su significado. No da comienzo hasta que actúa sobre los músculos a través del sistema nervioso, aunque presupone el conocimiento de las consecuencias que implica dicha actuación. Por poner un ejemplo simple y paradigmático: la voluntad correspondiente a la conducta típica del homicidio doloso se produce en el momento en que el sujeto que tiene en sus manos una pistola da la orden a su mano de disparar sobre una persona, sabiendo que con ello posiblemente la mate. Esta voluntad consciente no es la ante-

sala de la conducta homicida, sino que *forma parte* de ella. No puede contraponerse a la conducta, porque es un elemento que la integra: la conducta es una *unidad interno-externa*. Prohibir una conducta implica necesariamente prohibir una actuación de la voluntad. Ello no supone prohibir los *pensamientos*. Si éstos no pueden pensarse —ni prohibirse— no es porque sean internos, sino porque no forman parte de una conducta que trascienda al mundo exterior.

A) En los delitos *dolosos* la voluntad que integra la conducta se produce a conciencia de sus consecuencias lesivas típicas. Tal voluntad consciente basta para ser calificada de *dolo*. Si se produce *para* ocasionar la lesión o puesta en peligro típica, constituye el dolo de primer grado. La *finalidad* (en sentido estricto) que entonces guía a la voluntad de inervación muscular posee una naturaleza similar a la de los elementos subjetivos del injusto que suponen finalidades especiales a cuya persecución se orienta la conducta voluntaria típica. Podría plantearse la cuestión de si todas estas finalidades (incluida la que caracteriza al dolo directo de primer grado) no constituyen en realidad *deseos* del sujeto como los que más arriba hemos considerado que deben sustraerse al Derecho penal. Así sería si no influyesen en la conducta y en su significado social. Pero en muchas ocasiones la finalidad de la conducta afecta al sentido social de ésta y, con ello, a su gravedad. Una finalidad *positiva* tiende a disminuir la reprobación social de una conducta voluntaria en sí misma nociva, en tanto que una finalidad *negativa* tiende a agravarla.

¿No será, sin embargo, que la valoración social de la finalidad no es más que expresión de la tendencia, de base moralizante, a valorar la *actitud interna* de los demás? Ciertamente, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no debe tomar en cuenta la actitud interna del sujeto, ni siquiera cuando se *manifiesta* en un comportamiento externo —aunque propugne lo contrario un importante sector doctrinal (10). Pero la finalidad que guía una conducta lesiva no sólo manifiesta una determinada actitud interna del sujeto, sino que es *causa* de aquella conducta, tiende a influir en su forma de realización y contribuye a conferir a la misma conducta un significado de mayor o menor oposición al bien jurídico a que afecta. Quien deja su coche aparcado en doble fila para efectuar unas compras, realiza una conducta que puede lesionar la libertad de movimiento del vehículo o vehículos a los que impide la salida, pero que recibe una valoración social mucho menos negativa que la misma

(10) Así, la corriente que arranca de GALLAS: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 56 (en español puede verse la traducción de Córdoba Roda, bajo el título *La teoría del delito en su momento actual*, 1959, p. 62) y llega a autores como JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, 1981 P. 587, y SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allg. Teil.*, 2.^a ed., 1975., 1975, pp. 148 y ss. y 366 y ss., entre otros.

conducta llevada a cabo *para* impedir la salida del otro coche. No es razonable pensar que en el primer caso pudiera apreciarse delito o falta de coacciones, mientras que sí es posible que dicha calificación sea apropiada en el segundo supuesto. Piénsese también en el distinto significado que posee el propinar a otro un golpe con «*animus jocandi*» y el hacerlo con el único objeto de causarle dolor. Tampoco suele considerarse tan grave la eutanasia indirecta, consecuencia necesaria de un tratamiento no dirigido a causar la muerte, sino a calmar el dolor del moribundo, como la eutanasia directa, cuyo objetivo es precisamente acelerar la muerte del enfermo. En todos estos casos la finalidad negativa no sólo manifiesta una actitud interna en el sujeto, sino que confiere a la propia conducta un significado simbólico de mayor *oposición al bien jurídico afectado*. La conducta de eutanasia indirecta no es tan *contraria* al bien jurídico de la vida del enfermo como la eutanasia directa. Cuando se trata de conductas (voluntarias) cuya nocividad material es elevada, la falta de una finalidad negativa no puede impedir su prohibición penal, sino sólo disminuir su gravedad. Pero cuando la dañosidad material de la conducta es escasa, puede resultar correcto condicionar su criminalización a que concorra en ella una determinada finalidad.

B) En los hechos *imprudentes* la conducta prohibida también ha de tener una parte interna, una voluntad que active los movimientos corporales necesarios. Pero esta voluntad no tiene lugar a conciencia de que de ella se seguirán consecuencias típicas. También la infracción de la norma de cuidado exige un determinado conocimiento como base de la voluntad: el conocimiento de la situación cuya concurrencia obliga al cuidado de que se trata. Así, es preciso que el conductor conozca las condiciones del vehículo que le obligarían a reducir su velocidad —o, por lo menos, los indicios que debieran llevarle a averiguar las condiciones del vehículo. Pero o bien desconoce el peligro que supone actuar en tales condiciones (culpa inconsciente), o bien cree que su actuación peligrosa no tendrá consecuencias típicas (culpa consciente). La conducta que infringe la norma de cuidado posee, pues, una parte interna distinta a la de un delito doloso, por lo que puede afirmarse que ambas conductas son distintas. Entendida la conducta, como aquí se hace, como unidad interno-externa, y no sólo como el movimiento exterior del cuerpo, ello confirma la tesis, que sostuve en otro lugar, según la cual la conducta dolosa infringe una norma distinta que la conducta imprudente (11).

La conducta prohibida en los delitos dolosos no sólo es distinta a la prohibida en los delitos imprudentes, sino también más grave que ésta. Hay que rechazar el planteamiento del causalismo que, al reducir la conducta a la manifestación externa de la voluntad, no

(11) Cfr. MIR PUIG: *Función*, pp 74 y s.

veía diferencia en la conducta de homicidio doloso y en la del homicidio culposo, sino sólo en la mayor o menor posibilidad de *culpar* al sujeto por su participación subjetiva en ellas. Si la norma no puede dirigirse al cuerpo, sino a la mente del sujeto, si no puede prohibir movimientos externos, sino en cuanto a los activados por una voluntad consciente, el objeto de la prohibición no puede comprender las consecuencias típicas no abarcadas por la voluntad consciente. En el delito imprudente sólo se puede prohibir una conducta descuidada, menos grave que la conducta voluntariamente lesiva.

No voy a insistir en la fundamentación de lo anterior, ni en la de que el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta, pues a ambos argumentos —aunque sin aludir a la unidad interno-externa de la conducta— ya me referí suficientemente en otro lugar (12). Sí añadiré, en cambio, que también contribuye a explicar la mayor gravedad de la conducta dolosa el significado simbólico de oposición al bien jurídico que encierra la misma, a diferencia de la conducta imprudente. De la misma forma que, como más arriba señalábamos, la finalidad de lesión de un bien jurídico (dolo directo de primer grado) aumenta el sentido de la conducta de oposición a dicho bien jurídico, en comparación con lo que ocurre con el dolo directo de segundo grado o el eventual, de la misma forma, digo, toda forma de dolo otorga a la conducta un significado de *negación* o abierto *desprecio* del bien jurídico atacado del que carece la conducta imprudente. Esta sólo encierra una falta de cuidado para con el bien jurídico afectado (13).

3. Si, según el planteamiento propuesto, la norma se dirige a la mente, prohibiendo la activación voluntaria y consciente del movimiento corporal, ¿qué papel corresponde a la *parte externa* de la conducta? Cuando la conducta es voluntaria y consciente, su parte externa forma una unidad con su parte interna, en el sentido en que aquí la entendemos. Todo movimiento corporal dura un tiempo —y especialmente los de cierta complejidad como las que importan al Derecho penal— durante el cual ha de persistir, *controlándolo*, la inervación motora voluntaria. Esta inicia, pero también acompaña la

(12) Cfr. MIR PUIG: *Función*, pp. 74 y ss.

(13) Cfr. MIR PUIG: *Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena*, en Bergalli/Bustos (ed.); *El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985, p. 372. En la misma línea, W. HASSEMER: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, en «Doctrina Penal», 18 (1982), pp. 238 y s., quien observa que en los delitos con víctima, y «sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor doloso realiza un acto de vejación social y personal de la víctima, del cual quien actúa imprudentemente está muy lejos» (p. 238); más adelante añade que, tanto en los delitos con víctima como los sin víctima, «quien actúa dolosamente amenaza en mayor modo la vigencia de la norma y, al mismo tiempo, el orden jurídico, que quien actúa imprudentemente»; este aspecto se exacerbaría en alguna clase de delitos, como los de terrorismo, en cuanto se dirigen a la destrucción del orden estatal y jurídico (p. 239).

ejecución del movimiento. Existe aquí una coincidencia temporal que no se produce entre la conducta y los resultados separados de ella. Estos son posteriores a la conducta. Son posteriores al control voluntario. Son posteriores al momento en que ha de actuar la motivación de la norma, la prohibición. En cambio, la parte externa de la conducta se va produciendo al mismo tiempo que va siendo conducida por la voluntad. Una vez acaecido, el movimiento corporal constituye un resultado de la voluntad, pero mientras se está efectuando se presenta como un irse realizando de la voluntad, como una *actuación de la voluntad*.

Es cierto, sin embargo, que esta coincidencia temporal del control voluntario y su realización no excluye la posibilidad de que ésta resulte *errónea*, es decir, distinta a la que creía efectuar el sujeto, o *fallida*, esto es, distinta a la que perseguía. En el primer caso (error) la activación voluntaria se basa en una representación intelectual errónea de la realidad. Así sucede, por ejemplo, cuando en el ascensor inadvertidamente apretamos el botón correspondiente al quinto piso cuando en realidad creíamos presionar el del cuarto piso. Existe activación voluntaria, pero no conocimiento de lo que supone. En los casos de ejecución fallida el movimiento corporal resulta ejecutado de forma distinta a como se pretendía. Mediante un movimiento rápido se pretendía dar con la mano en un determinado punto, pero por la velocidad del movimiento se da en otro. En ninguno de estos casos coincide totalmente el movimiento efectuado con el que se creía o pretendía realizar. Pues bien, como las normas jurídico-penales no pueden prohibir más que conductas voluntarias y conscientes, para el Derecho penal en los casos expuestos sólo puede constituir objeto de prohibición el aspecto de realización externa a que alcanza la voluntad consciente: la activación voluntaria de un movimiento (o movimientos) sin prestar la debida atención o sin las condiciones de preparación, habilidad, etc., necesarias (conducta imprudente), o la realización voluntaria de un movimiento (o movimientos) dirigido a realizar un tipo consumado (tentativa o frustración) (13a).

¿Qué diferencia hay, entonces, entre el resultado separado de la conducta y la parte exterior de ésta? ¿No pueden escapar ambas al control consciente del sujeto? Aunque esto último es cierto, sigue siendo esencial la diferencia que antes señalábamos: mientras que el resultado separado es posterior a la actuación voluntaria, los movimientos voluntarios se producen en el momento en que actúa la voluntad, que ha de sostenerlos y guiarlos; y es en ese momento en el que la norma jurídico-penal puede dirigirse al sujeto y prohibirle *lo que*

(13 a) GIMBERNAT: *ADPCP*, 1988, pp. 587 y s., considera que en los actos fallidos no hay en absoluto ninguna voluntariedad, pero me parece difícil negar que en ellos por lo menos se quiere *mover* el cuerpo de algún modo.

está haciendo de forma voluntaria y consciente. Cuando la actuación externa diverge de la pretendida, no puede considerarse infractora de una norma jurídico-penal; pero en cuanto la actuación externa sea la querida conscientemente, en cuanto pueda verse como realización de la voluntad consciente, integrará una conducta prohibible mientras se está efectuando. Ya hemos visto que incluso en los casos de divergencia puede subsistir una parte o aspecto del movimiento corporal atribuible a una voluntad consciente, que podrá integrar una conducta prohibida (por imprudente o por constituir tentativa o frustración). En cambio, el resultado separado de la conducta no puede constituir *nunca* objeto de prohibición de la norma, porque se produce en un momento posterior a aquel en que la norma puede dirigir su imperativo al sujeto.

En la medida, por tanto, en que los movimientos corporales están siendo controlados por una voluntad consciente, está teniendo lugar una conducta prohibible, porque aún puede ser interrumpida. Pero, *¿en qué momento da comienzo dicha conducta prohibible?* ¿Es preciso que llegue a iniciarse algún movimiento externo, o basta que el cerebro dé la orden a través del sistema nervioso? La pregunta no sería necesaria, si no fuera por la posibilidad, remota pero no descartable, de que una orden de inervación de un músculo no logre su objetivo ni siquiera mínimamente; por ejemplo, por producirse una parálisis en dicho momento —si la parálisis es antecedente y el sujeto es consciente de ella, cualquier intento de movimiento constituiría una tentativa irreal—. No me refiero a los casos en que un obstáculo exterior, como el excesivo peso de un objeto, impide el movimiento pretendido, porque en ellos existe por lo menos una cierta inervación muscular, una aplicación de fuerza externa que hace indudable el comienzo de una conducta externa. Pienso en supuestos como el de quien, en el momento de ir a apretar un botón que debería activar un explosivo, se siente paralizado y no puede llegar a comenzar ningún movimiento (suponiendo que antes no ha comenzado ya la tentativa).

Es evidente que en el Derecho español en tal caso extremo no habría tentativa, pues el artículo 3 del Código penal exige para ésta que el culpable dé principio a la ejecución «directamente *por actos exteriores*». Más difícil es decidir si ello se debe a la falta de una conducta *prohibible* o a razones político-criminales que aconsejen la no punibilidad de un comportamiento en sí mismo injusto. Me inclino a pensar que es preferible la primera fundamentación. Aunque para el comienzo de la tentativa baste la realización de una parte de la conducta típica, para que dicha parte inicie la infracción de la norma ha de estar constituida a su vez por algún acto o actos que en sí mismos posean todas las notas propias del comportamiento humano. Si éste constituye una unidad interno-externa, sólo podrá considerarse iniciado el injusto de la tentativa cuando el sujeto logre realizar algún

acto que posea la doble dimensión indicada, interna y externa. Para que exista un comienzo de tentativa prohibido en un Derecho penal que únicamente quiere prohibir comportamientos, es preciso que tenga lugar una verdadera conducta objetivo-subjetiva. Que baste para la tentativa la ejecución parcial de un determinado hecho, no significa que pueda faltar en ella una parte de los elementos estructurales del concepto de comportamiento. No hay que confundir un intento fallido de injusto con lo que es el injusto de la tentativa. En el ejemplo más arriba propuesto únicamente existe lo segundo: un intento completamente fracasado de infringir la norma.

Se desprende de lo anterior que la posibilidad de prohibir una conducta no empieza hasta que ésta completa su estructura adquiriendo, siquiera mínimamente, su dimensión externa. Pero, ¿no llega entonces demasiado tarde la prohibición? ¿No debería prohibirse ya la emisión de la orden por el cerebro? Creo que no. Como decíamos más arriba, los actos humanos que importan al Derecho penal tienen siempre, por breves que sean, una duración externa durante la cual ha de mantenerse su conducción voluntaria. Para evitar que se lleguen a término basta dirigir la prohibición a partir del momento en que empieza su manifestación externa voluntaria. Anticipar la prohibición a un momento anterior —cosa que en sí misma sería posible— supondría una extensión innecesaria del alcance de las normas jurídico-penales. No hay, pues, razón para abandonar el principio según el cual sólo lo que el hombre *hace* voluntariamente en el mundo exterior puede ser objeto de la prohibición de una norma jurídico-penal.

4. Una vez analizados el contenido y la función de la parte interna y la parte externa de la conducta, estamos en condiciones de plantear la cuestión de si el *desvalor de la acción* ha de referirse a la parte interna, a la externa o a ambas.

El punto probablemente más oscuro de la distinción del *desvalor de la acción* y el *desvalor del resultado* tal vez sea a cuál de ambos conceptos corresponde el desvalor de la parte externa de la conducta. Nadie discute que el desvalor de la parte interna de la conducta es desvalor de la acción, ni que el desvalor correspondiente al resultado separado de la conducta es desvalor del resultado (14). Menos decidida está la calificación del desvalor correspondiente a la parte externa de la conducta, que puede verse como integrante de la conducta voluntaria (15), pero también como un producto de la voluntad que úni-

(14) Otra cosa es el apartado de la teoría del delito en que han de situarse ambas clases de desvalor. Así, en mi opinión, el desvalor del resultado no puede integrar el injusto, sino su *punibilidad*, por lo que no hablaré de *injusto del resultado*, como a veces se hace. Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, 2.^a ed., 1985, p. 110.

(15) Welzel incluyó en el desvalor de la acción no sólo el desvalor de la intención, sino también elementos externos de la acción como las características personales de los delitos especiales y el carácter descuidado de la conducta imprudente: cfr. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 62, § 18. JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*,

camente adquiere relevancia jurídico-penal cuando *resulta* típica. Téngase en cuenta que los delitos de mera actividad lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico mediante la sola realización de la parte externa de una conducta.

A mi juicio, la particular dificultad del problema planteado estriba en el hecho de que la parte externa de la conducta puede ser contemplada tanto desde un punto de vista *ex ante* como desde un punto de vista *ex post*. Puede valorarse *ex ante*, en función de la peligrosidad que parece entrañar al iniciarse y durante su ejecución, y *ex post*, una vez comprobado el efectivo carácter lesivo de la misma o si realmente «ha puesto en peligro» un bien jurídico (16). Es precisa, pues, una solución diferenciadora, que decida la cuestión planteada según cuál sea la perspectiva, *ex ante* o *ex post*, que se adopte. La valoración de la peligrosidad *ex ante* ha de contribuir a decidir el desvalor de la acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada *ex post* ha de integrar el desvalor del resultado (17).

Si se acepta la tesis de que el desvalor del resultado no puede condicionar lo injusto del hecho, sino sólo su relevancia jurídico-penal, el desvalor resultante de la parte externa de la conducta tampoco puede integrar lo injusto (18). Pero ello no obsta, según lo dicho, a que la peligrosidad *ex ante* de la parte externa de la conducta no sólo condicione lo injusto del hecho, sino que constituya la base primera de la prohibición. Aunque la norma deba dirigirse a la mente del sujeto y sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización.

En este punto podría plantearse la pregunta de si no sería posible efectuar un razonamiento paralelo respecto al resultado separado de la conducta. ¿No cabría igualmente distinguir entre la efectiva producción del resultado (*ex post*) y el posible resultado (*ex ante*)? Si

trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, se inclina claramente por referir la forma de comisión del hecho al desvalor de la acción. También en este sentido, CEREZO MIR: Curso de Derecho penal, 3.ª ed., 1985, p. 363.

(16) Pongo entre comillas la expresión «puesta en peligro», porque, aunque es usual, me parece incorrecto hablar de un peligro *ex post*, pues todo juicio de peligrosidad supone un pronóstico *ex ante*. *Ex post* debería hablarse al respecto de una mayor o menor proximidad de la lesión. Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, p. 171.

(17) Tal vez la distinción propuesta contribuya a deshacer el equívoco que haya podido inducir a algún autor a considerar que el desvalor propio de la peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico, que yo sitúo en el injusto, en realidad constituye parte del desvalor del resultado, porque proviene del peligro para dicho resultado. Cfr., en este sentido, COBO/VIVES: *Derecho penal, Parte General, 1984, p. 260*. Vid. también en esta línea, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido, cit.*, p. 69.

(18) Como ya sostuve en MIR PUIG: *Función, p. 66, nota 92, y Derecho penal, p. 107, nota 15*.

la efectiva producción del resultado no puede prohibirse porque es posterior al momento de incidencia del imperativo normativo, ¿no será posible integrar en el injusto el resultado que aparece como posible en el momento de la acción? La respuesta ha de ser negativa. La norma sólo puede prohibir lo que sus destinatarios pueden *hacer*, y lo que los ciudadanos pueden hacer son sólo conductas. El resultado separado de la conducta no es el hacer ni forma parte de él, sino que constituye un *efecto* del hacer. Es cierto que la lesión del bien jurídico es lo que en realidad ha de querer evitar un Derecho penal protector de bienes jurídicos, pero para conseguir tal objetivo las normas sólo pueden prohibir aquello a través de lo cual sus destinatarios pueden lesionar el bien jurídico: la conducta peligrosa sometida al control voluntario y consciente del sujeto. La evitación del posible resultado (*ex ante*) es el *objetivo* de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir *objeto* de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse *lo prohibido*, lo injusto. El desvalor del resultado es la *razón* primera de la prohibición, *presupuesto* de la misma, pero ello no supone que integre su *objeto* (19). En cuanto a la efectiva producción del resultado (*ex post*), no puede verse ni como objetivo de la prohibición (los objetivos no pueden ser *pasados*, han de ser *futuros*), ni como objeto de la misma.

No quiero acabar este apartado sin tratar de evitar un equívoco. Que el resultado no pueda integrar el injusto, no significa que haya de perder un solo ápice de su *importancia* político-criminal. Con frecuencia parece suponerse que la posición sistemática del resultado dentro del injusto es la única que le reconoce suficientemente su importancia. Parece partirse de la idea de que no todas las categorías del delito tienen la misma relevancia. Se da a entender que la *punibilidad* es un requisito de rango inferior al de la antijuricidad. Ni siquiera parece suficiente afirmar —como yo hago— que la punibilidad condiciona la propia *tipicidad penal* del hecho. Todo ello carece de justificación. La relevancia jurídico-penal de un hecho depende tanto de que infrinja una prohibición como de que realice un tipo penal. Sin el resultado típico, el posible injusto carecerá del primer presupuesto de la infracción *penal*: la *tipicidad penal* (20). Personalmente, estoy

(19) Se sale así al paso de la línea argumental que pretende derivar la pertenencia del resultado al injusto del hecho de que la prohibición persiga evitar la lesión de un bien jurídico: cfr., así, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido*, cit., pp. 69 y 71. CEREZO MIR: *Curso cit.*, pp. 364 y s. Aunque pueda decirse que «es, pues, el (probable) resultado lo que determina el injusto», como afirman COBO/VIVES: *Derecho penal*, cit., p. 260, en el sentido de que la voluntad de evitar el probable resultado es motivo de la prohibición, ello no supone que el futuro resultado sea *lo prohibido*, lo injusto. Que algo determine o sea causa de otra cosa no significa que forme parte de ésta.

(20) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, cit., p. 110.

convencido de la capital importancia político-criminal que corresponde al resultado como condición de la intervención penal (en los delitos imprudentes) o de su gravedad (en los delitos dolosos). De ahí que me haya esforzado en otros lugares en aportar argumentos político-criminales, vinculados a la seguridad jurídica y a la necesidad de pena desde un punto de vista preventivo, en favor de la consideración del resultado como criterio fundamental de la relevancia jurídico-penal de un hecho (21). Un planteamiento como el que suscribo no tiene, pues, por qué suponer un «adelantamiento de la línea de defensa», ni vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal (22). Por el contrario, subraya la función de «límite de responsabilidad» (*Haftungsgrenze*) del resultado, aconsejable desde el prisma del «carácter fragmentario» del Derecho penal (23).

III

La delimitación de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo resulta dificultada por la necesidad de tomar en consideración conocimientos y poderes especiales del sujeto. Hace ya tiempo que se halla extendida en la doctrina la opinión según la cual la imputación del resultado sólo es posible cuando la acción que lo causó era *adecuada* para producirlo a los ojos de un espectador imparcial situado en el momento de la acción (*ex ante*) y dotado, de los conocimientos especiales del sujeto, además de los que tendría una persona inteligente (24). Por otra parte, según un sector doctrinal que comparto, en el tipo omisivo y en el imprudente hay que tener en cuenta también las facultades individuales del sujeto (25).

También dificulta la separación de parte objetiva y parte subjetiva del tipo el hecho de que la valoración del *error* como vencible o invencible dependa de datos objetivos y subjetivos. Una vez admitido que el error, como el dolo, afecta al tipo de injusto, se advierte que

(21) Cfr. MIR PUIG: *Función*, pp. 66 y ss., y *Derecho penal*, pp. 109 y s.

(22) La frase entrecomillada, con la que se me atribuye una consecuencia político-criminal que rechazo, es de COBO/VIVES: *Derecho penal*, cit., p. 260. Alerta de los peligros de erradicar del injusto el resultado, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido*, cit., pp. 67 y ss.

(23) Asigna esta función limitadora al resultado, pero considerándolo elemento del injusto, KRÜPELMANN: *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 315 y s.

(24) Cfr., por ejemplo, MAURACH: *Tratado de Derecho penal, trad. y notas de Derecho español de Córdoba Roda*, 1962, pp. 236 y s.

(25) En la doctrina española, con referencia a la alemana, cfr., en relación con el tipo omisivo, SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*, 1986, pp. 298 y s. Para el tipo imprudente, MIR PUIG: *Derecho penal*, cit., pp. 233 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR: *La infracción del deber de cuidado en el sistema del delito culposo*, en «ADPCP», 1984, pp. 321 y ss.; SILVA SANCHEZ: *Op. cit.*, p. 215; QUINTERO OLIVARES: *Derecho penal, Parte General*, 1986, p. 357.

no sólo encierra un significado subjetivo, como da por supuesto la teoría psicológica de la culpabilidad cuando lo contempla como mera causa de exclusión de la conexión psíquica dolosa. Es evidente que el error excluye esta conexión psíquica, pero su valoración como vencible o invencible depende de algo normativo y en primer lugar objetivo: de si el error es o no atribuible a la infracción de una norma de cuidado.

Por último, la inclusión del dolo en el injusto puede tener como consecuencia no sólo la diferenciación de la parte subjetiva del tipo doloso y del imprudente, sino también de la propia parte objetiva de ambas clases de tipos.

Todo ello puede conducir a poner en cuestión una separación tajante de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de injusto. Se proseguiría, así, la evolución que inició el noekantismo y continuó el finalismo al relativizar y abandonar la contraposición de parte objetiva y parte subjetiva del delito.

Veamos por separado las distintas cuestiones enunciadas.

1. Consideremos en primer lugar la posición sistemática que corresponde a los *conocimientos y facultades individuales del sujeto* que afectan al tipo de injusto. Dado el carácter personal de estos elementos, pudiera pensarse que corresponden a la parte subjetiva del tipo. Sin embargo, me parece difícil negar que deban condicionar el tipo objetivo. Piénsese en el clásico ejemplo del sobrino que hace subir a su tío rico a un avión con la esperanza de que en él encuentre la muerte. ¿Cómo negar que la respuesta a la cuestión de si con ello realiza una acción adecuada *ex ante* para matar, depende de si el sobrino conoce o no la presencia de una bomba en el avión? No se trata sólo de que tal conocimiento condicione el sentido subjetivo de la acción, sino de que *ex ante* cualquiera considerará que hacer subir a un avión sabiendo que en él hay una bomba es una acción objetivamente adecuada para matar, mientras que no le parecerá una vía objetivamente idónea para tal fin si se desconoce la existencia de la bomba.

Claro está que si la adecuación se enjuiciase *ex post* el planteamiento podría ser otro: podría afirmarse dicha idoneidad siempre que se descubriese *a posteriori* la bomba, y considerarse que su desconocimiento sólo da lugar a un error excluyente del dolo. Pero, por una parte, ello supondría condicionar la concurrencia de la base objetiva del injusto a la situación resultante con posterioridad al momento de la prohibición, que ya sabemos que es el de la conducta. Ello se opondría a la concepción que aquí se defiende. Y, por otra parte, trasladar al ámbito del error el problema que examinamos no impediría que volviera a plantearse en términos objetivos. Aunque el error tenga naturaleza subjetiva, su valoración como vencible o invencible depende del juicio objetivo del hombre medio situado *ex ante*. Sobre esto último volveremos más abajo.

Si se descarta —como estimo obligado— el punto de vista *ex post* para decidir la parte objetiva del injusto, me parece obligado tomar en consideración en dicha parte los conocimientos y facultades especiales del sujeto. Dejarlos, por el contrario, para la parte subjetiva del tipo, plantearía la misma dificultad insalvable con que tropiezan quienes reservan los poderes especiales del sujeto para la culpabilidad: de la misma forma que, una vez negada la concurrencia del injusto, no cabe castigar por el hecho de que exista culpabilidad (26), tampoco cabe afirmar el injusto, aunque concurra su parte subjetiva, si ha empezado por negarse su parte objetiva. Así, si en el ejemplo propuesto no se tuviese en cuenta en la parte objetiva del injusto el conocimiento especial de la existencia de una bomba, habría que negar la parte objetiva del injusto y luego no podría ya afirmarse el tipo del injusto en base solamente a su parte subjetiva. Si el injusto requiere una parte objetiva y otra subjetiva, faltará en cuanto deje de concurrir una de ambas partes. Lo mismo sucedería si no se incluyesen en la parte subjetiva del tipo de injusto las facultades individuales especiales que pueden condicionar el nivel de exigencia de la norma. Considérese el conocido ejemplo del cirujano superior a la media, capaz de usar una técnica operatoria que sólo pocos pueden utilizar. Si deja de emplearla voluntariamente y aplica otra técnica más simple, pero mucho más peligrosa, actúa antinormativamente. Si la capacidad especial del cirujano no se tomase en cuenta en la parte objetiva del tipo, habría que negar ésta —suponiendo que la técnica más simple fuera correcta para el cirujano medio—. Aunque a continuación se afirmase la parte subjetiva del tipo, no sería posible, pues, considerar concurrente el tipo (27).

En realidad, es habitual incluir en la parte objetiva del tipo elementos personales como las condiciones que requiere la ley en los autores de los delitos especiales, que, sin duda, condicionan la gravedad objetiva de la conducta (28). También el plan de ejecución del sujeto constituye un dato decisivo para decidir en qué momento da comienzo la tentativa, y ello afecta a la parte objetiva del tipo (29). La explicación de todo ello ha de verse en que una cosa es que determinados elementos psíquicos o personales condicionen la prohibición de una conducta o su mayor o menor gravedad, y otra cosa es que dichos elementos integren la parte subjetiva de la conducta prohibida. De hecho, si la conducta se concibe en el sentido aquí mantenido, con una parte interna que no da comienzo hasta que el sujeto dirige a su cuerpo una orden de movimiento, la mayoría de tales

(26) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, p. 465.

(27) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, pp. 234 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión, cit.*, pp. 214 y s.

(28) Cfr., por ejemplo, WELZEL: *Das deutsche Strafrecht cit.*, pp. 63 y s.

(29) Cfr., por todos, FARRÉ TREPAT: *La tentativa de delito, 1986*, pp. 169 y ss.

elementos no integran la conducta prohibida. Los poderes especiales del sujeto, como sus características personales y su plan de ejecución, condicionan la valoración de la conducta, pero no integran la voluntad consciente ni su realización externa.

2. Es evidente que el error afecta a la parte subjetiva del hecho, y en la sistemática aquí recogida, que sitúa el dolo en el tipo de injusto, excluye la parte subjetiva del tipo doloso. Sin embargo, la problemática del error no acaba ahí, sino que afecta también a la parte objetiva del tipo. No en el sentido, por supuesto, de que modifique la parte objetiva del tipo doloso, que seguirá concurriendo aunque falte el dolo, sino en el sentido de que en caso de error será preciso algo más en el tipo objetivo para que siga en pie la tipicidad del hecho, a saber: que el error se deba a imprudencia, que es lo que sucede cuando el error es *vencible*. Intentaré justificar estas afirmaciones.

Si sólo se contempla el error en su significado subjetivo de ausencia de dolo, no es posible comprobar si pese al error subsiste un hecho típico. No basta para ello que concurra la parte objetiva del tipo doloso, que sin su parte subjetiva —el dolo— no sólo no da lugar al tipo doloso, sino, por sí sólo, tampoco a ningún tipo imprudente. Si esto es evidente, no lo es tanto la otra afirmación que he efectuado, la de que el carácter *vencible* del error, necesario para que concurra un tipo imprudente, ha de considerarse un elemento de la parte *objetiva* de dicho tipo imprudente. Es fácil admitir que la infracción del deber *objetivo* de cuidado, necesaria para que el error dé lugar a un tipo imprudente, integre la parte objetiva del mismo. Más discutible puede parecer que la vencibilidad subjetiva del error se incluya entre los elementos de la parte objetiva del tipo imprudente basado en dicho error. Pues bien, esto es lo que sostengo cuando afirmo que el carácter *vencible* del error es condición de la parte objetiva del tipo imprudente correspondiente, pues la vencibilidad ha de ser no sólo objetiva, sino también subjetiva (30). En favor de este planteamiento recordaré lo dicho en el número anterior respecto a las condiciones personales que afectan al tipo: su carácter subjetivo no impide que deban contemplarse en la parte objetiva del tipo. Si, como veríamos, las facultades personales del cirujano excepcional habían de elevar el deber de cuidado necesario para el tipo objetivo del hecho imprudente, las condiciones individuales de que depende la evitabilidad del error también condicionarán la parte objetiva del tipo. Me remito a los argumentos que, desde mi punto de vista, hacen necesario este planteamiento. Sólo reiteraré aquí algo que impide considerar que esta construcción pueda reputarse contradicto-

(30) La componente subjetiva de la vencibilidad del error se requiere expresamente por el nuevo artículo 6 bis a) del Código penal, que para decidir el carácter *vencible* del error obliga a atender a «las circunstancias del hecho y las personales del autor».

ria con el principio de que la parte subjetiva del hecho corresponde a la parte subjetiva del tipo: las condiciones personales de las que depende la vencibilidad del error no forman parte de la conducta típica, ni, por tanto, tampoco de su parte subjetiva, sino que constituyen elementos externos a la conducta que condicionan su sentido objetivo.

Suele admitirse que el tipo objetivo no sólo ha de comprender los elementos materiales de la parte externa de la conducta, sino también las condiciones personales, psíquicas o normativas de las que depende la concurrencia de los elementos objetivos de la conducta (31). Las consideraciones aquí efectuadas vienen a confirmarlo y a abundar en la imposibilidad de una separación tajante de lo objetivo y lo subjetivo del tipo.

3. La parte objetiva del tipo doloso puede también verse influida por la concurrencia del dolo, centro indiscutible de su parte subjetiva. No voy a referirme aquí al hecho de que el significado objetivo-externo de la conducta típica depende muchas veces de la presencia del dolo, lo que hace que en tales casos sea inimaginable la realización imprudente del hecho —piénsese, por ejemplo, en el *engaño* típico de la estafa o en la actuación violenta que exige el delito de coacciones (32)—. Esto bastaría por sí solo para relativizar la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo. Pero existe otra dificultad con que tropieza tal distinción y que querría considerar en este lugar. Se trata de la conveniencia de diferenciar la parte objetiva del tipo doloso y la parte objetiva del tipo imprudente, diferenciación que, evidentemente, supone que la presencia o ausencia de dolo no sólo condiciona el tipo subjetivo, sino también un distinto tipo objetivo.

El problema podría plantearse ya a partir del tema del error contemplado en el número anterior. Si el error puede dejar en pie la parte objetiva del tipo doloso y, no obstante, ser invencible y excluir, por tanto, la parte objetiva del tipo imprudente, es que la parte objetiva del tipo doloso no coincide con la del imprudente, sino que requiere *menos* que éste: no requiere la infracción de la norma de cuidado.

Pero existe otro aspecto del tipo objetivo que probablemente también deba plantearse de forma distinta en el tipo doloso y en el imprudente. Me refiero a la propia *imputación objetiva*. Me parece sostenible que para la imputación objetiva del hecho se exija un grado de peligro menor en ciertos casos de *intención*. Así, en el ejemplo del tirador no experto que apunta con un fusil desde una gran distan-

(31) Cfr., por ejemplo, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, pp. 373 y s. También WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 63.

(32) Cfr. WELZEL: *Op. cit.*, p. 63; MIR PUIG: *El delito de coacciones en el Código penal*, en «ADPCP», 1977, pp. 290 y ss.

cia a otra persona con ánimo de matarla, aunque el riesgo de que se produzca este resultado sea mínimo, hay que considerarlo suficiente para fundamentar la imputación de la muerte en caso de que se produzca (33). A mi juicio, ello ha de basarse *no sólo* en la concurrencia de intención, sino también en que la misma se revela externamente a través de una conducta objetivamente expresiva de una dirección final homicida. Pero esto presupone que concurre la intención y, por tanto, que ésta contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva.

Más discutible sería la cuestión de si la diferencia entre el tipo objetivo de los delitos dolosos y el de los culposos ha de llegar hasta el punto de resultar innecesaria en los primeros la comprobación de la imputación objetiva del hecho (34). Me inclino a dar respuesta negativa a esta cuestión. Por una parte, incluso en los casos de intención exteriorizada como el expuesto debe seguir exigiéndose un determinado grado, siquiera mínimo, de riesgo típicamente relevante que se realice en el hecho. Por otra parte, si en lugar de intención concurre dolo directo de segundo grado o dolo eventual, no será posible rebajar del mismo modo el nivel de riesgo exigible para la imputación del hecho.

IV

No es posible aquí examinar con detalle la función que corresponde a lo subjetivo en el ámbito de las *causas de justificación*, pero sí querría esbozar alguna reflexión al respecto. Por una parte, importa aludir al papel que debe jugar lo objetivo y lo subjetivo en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Por otra parte, desearía replantear la cuestión del elemento subjetivo de justificación.

1. La teoría estricta de la culpabilidad no concede ninguna eficacia excluyente o atenuante del injusto al aspecto subjetivo representado por la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Basta, según esta teoría, la ausencia de los elementos objetivos de la justificación para que el hecho típico pueda considerarse antijurídico —y, en su caso, como constitutivo incluso de un injusto *doloso*—. Ello no deja de resultar sorprendente, si se tiene en cuenta que la teoría de la culpabilidad, formulada por Welzel, constituye una de las tesis fundamentales del finalismo. No parece muy coherente sostener, por una parte, que el injusto depende

(33) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, p. 191.

(34) Cfr., en esta línea, ARMIN KAUFMANN: «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, en «Festschrift für Jescheck», 1985, pp. 251 y ss.

esencialmente de la finalidad del sujeto, de modo que no basta la nocividad externa del hecho para fundamentar la antijuricidad del hecho doloso, y afirmar, por otra parte, que no es precisa para el injusto doloso la voluntad de realizar un hecho no justificado, sino que basta que no concurren los requisitos objetivos de su justificación.

Una vez admitida la necesidad del dolo para el injusto doloso, lo coherente es extender dicha necesidad a *todo* el hecho antijurídico. Si el supuesto de hecho injusto requiere tanto la concurrencia del supuesto de hecho típico como la ausencia del supuesto de hecho de una causa de justificación, para que pueda considerarse doloso será preciso que la voluntad consciente del sujeto se extienda a ambas componentes del supuesto de hecho. Es cierto que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, al no afectar al conocimiento del tipo (positivo), no puede excluir el carácter doloso de éste. Pero si el hecho injusto no requiere sólo la realización de un tipo, sino también que la misma no se halle justificada, tampoco la presencia de un tipo doloso bastará para que pueda afirmarse la presencia de un hecho injusto doloso. Además del dolo típico será preciso admitir la necesidad de un concepto de dolo más amplio que abarque también la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el injusto doloso requerirá no sólo el dolo típico, sino la ausencia de la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (35).

El finalismo no ha visto la posibilidad de este planteamiento porque ha partido de la consideración errónea de que la presencia o ausencia de una causa de justificación no supone la concurrencia o ausencia de elementos integrantes del *supuesto de hecho prohibido*, sino que solamente afecta a la *valoración* de dicho supuesto de hecho. Este estaría *totalmente* descrito en el tipo. Tal planteamiento es incorrecto. Pasa por alto que el *hecho* realizado sin causas de justificación no sólo merece una valoración distinta que el realizado, por ejemplo, en legítima defensa, sino que requiere la ausencia de los presupuestos *situacionales* que integran el supuesto de hecho o tipo de la legítima defensa. Si el homicidio necesario del injusto agresor no merece el juicio de antijuricidad es precisamente porque constituye un *hecho distinto* en su propia existencia fáctica al del homicidio de quien no agrede ilegítimamente. Pues bien, si la ausencia de los presupuestos del tipo de las causas de justificación integra el supuesto de hecho prohibido, será coherente con la contemplación de la parte subjetiva de la conducta en el injusto el considerar que el desconocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de una causa de justificación impide que pueda considerarse *completa* la parte subjeti-

(35) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, pp. 198 y s.

va del hecho injusto doloso —aunque se admita, como he dicho más arriba, que ello no impide la subsistencia del carácter doloso del tipo—.

2. Tampoco es coherente el planteamiento finalista que, al tiempo que sostiene la teoría estricta de la culpabilidad, exige para la justificación la presencia del *elemento subjetivo de justificación*. Si la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se considera —como aquella teoría— un error de prohibición, el error inverso consistente en desconocer la efectiva concurrencia de aquellos presupuestos debería considerarse constitutivo de un delito putativo impune (36). No sólo no hace esto el finalismo ortodoxo, sino que considera suficiente la intención antijurídica para considerar concurrente el pleno injusto del delito consumado. Mientras que no atribuye *ningún* papel en el injusto a la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el finalismo ortodoxo considera *suficiente* la creencia de realizar un hecho no justificado para sostener su plena antijuridicidad.

Más defendible puede resultar el planteamiento contrario: mantener la necesidad del conocimiento de la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación para el injusto doloso y discutir, en cambio, la exigencia del elemento subjetivo de justificación. Mientras que no es posible admitir un hecho doloso sin que el mismo sea conocido (en todos sus elementos esenciales) por el sujeto, se acepta generalmente que la concurrencia de voluntad criminal no impide la impunidad de la tentativa irreal. Aquí quiero sugerir la hipótesis de que la actuación con desconocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación se produzca en las condiciones propias de una tentativa irreal: supóngase que ante la situación que conoce el sujeto todo el mundo hubiera advertido la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación.

Pero antes de entrar en el análisis de este supuesto, conviene remontarse a las bases del problema. Si, como suele admitirse, se consideran relevantes tanto el desvalor de acción como el de resultado, es coherente entender que si resulta excluido éste —lo que sucede cuando, pese a faltar el elemento subjetivo de justificación, concurren los presupuestos objetivos de ésta— no concurre *completo* el hecho pretendido. La opinión contraria del finalismo, que desconoce la ausencia del desvalor del resultado apreciando un hecho consumado completo, sólo podría mantenerse si se reputase innecesario para el mismo dicho desvalor del resultado. Aunque creo que el desvalor del resultado no puede afectar al injusto, sí pienso que debe condicionar la punibilidad del hecho y, por tanto, su relevancia jurídico-penal. Así interpreto la exigencia del desvalor de resultado por parte del Derecho positivo para el delito consumado. De la misma forma que

(36) Ver ELENA FARRÉ: *La tentativa de delito*, 1986, pp. 445 y s., 447.

el resultado típico es necesario para la consumación del tipo penal, la valoración positiva del resultado que tiene lugar cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación impide que el tipo penal dé lugar a un pleno injusto penal correspondiente. Comparto, pues, la opinión dominante que considera necesario rebajar la pena aplicable cuando, pese a concurrir desvalor de la acción, falta el desvalor del resultado por la presencia de los elementos objetivos de justificación. En Derecho español es posible, para ello, apreciar en estos casos una eximente incompleta (artículo 9.1 del Código penal) (37). Al mismo resultado llega la doctrina alemana mayoritaria estimando que la falta de desvalor de resultado da lugar a una situación materialmente coincidente con la que se produce cuando el tipo no llega a consumarse y que procede, por tanto (siquiera por analogía) la atenuación propia de la tentativa (38). Pero todo ello presupone que subsista el necesario desvalor de la acción. La cuestión que deseo plantear aquí es, precisamente, si la falta del elemento subjetivo de justificación *basta por sí sola* para la subsistencia del desvalor de la acción necesario para el injusto.

La respuesta deberá ser, evidentemente, afirmativa para quien considere que el desvalor de la acción necesario para el injusto es desvalor de la parte subjetiva de la conducta. No es éste mi punto de vista. Lo injusto de la acción procede de la peligrosidad *ex ante* de su completa realización objetivo-subjetiva. No basta para la prohibición de una conducta que se deba a una voluntad dirigida a lo que cree constituir una lesión del Derecho. Es preciso que la voluntad persiga una realización externa que *ex ante*, efectivamente, desea evitar el Derecho —lo que es independientemente de que ello se consiga o no *ex post*—. De ahí que no deba considerarse antijurídica la tentativa irreal, a pesar de que supone una voluntad que en sí misma podría considerarse contraria al Derecho. Esta voluntad también concu-

(37) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, p. 360. En contra de mi propuesta, MAQUEDA ABREU: *Los elementos subjetivos de justificación*, en «La Ley», 11 de mayo de 1984, pp. 7 y s., subestimando la importancia que en mi concepción del delito corresponde al desvalor del resultado, que si no afecta al injusto, sí condiciona su relevancia penal, decisiva tanto como el injusto para el Derecho penal; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, 3.^a ed., 1985, pp. 413 y s.

(38) Cfr., por todos, JESCHECK: *Tratado*, p. 449. FARRÉ TREPAT: *La tentativa*, cit., p. 449. En España acoge este tratamiento un sector doctrinal representado, por ejemplo, por autores como GIMBERNAT: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, p. 51; HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, pp. 121 y ss. En el mismo sentido, pero sólo para los casos en que el Derecho vigente exige expresamente un elemento subjetivo de justificación (pues cree que en los demás bastará para la plena justificación la concurrencia de elementos objetivos), RODRÍGUEZ MOURULLO: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 51 y ss.; y *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, en «Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca», 1982, pp. 517 y ss.

re en la tentativa inidónea punible, pero ésta ha de diferenciarse, precisamente, de la tentativa irreal por el hecho de que en ella ha de existir peligrosidad *ex ante*, peligrosidad que ha de faltar en la tentativa irreal (39).

Ahora bien, el juicio de pronóstico *ex ante* que permite decidir la presencia o ausencia de peligrosidad en el momento de acometer el intento, ha de efectuarse atendiendo al conocimiento de la situación de que dispone el sujeto. Así, por ejemplo, quien por el nerviosismo propio de la situación toma equivocadamente un frasco de una sustancia inocua en lugar del contiguo que contiene veneno, realiza una tentativa inidónea punible si trata de envenenar a otro, porque en este caso es peligroso *ex ante* administrar una sustancia que si, efectivamente, fuese la que se cree, sería mortal. Es evidente, en cambio, que si el sujeto conoce la verdadera naturaleza de la sustancia, no habrá peligro alguno, y sólo una tentativa irreal impune, si intenta absurdamente envenenar con la misma. Del mismo modo, cometerá tentativa inidónea punible quien aprieta el gatillo de una pistola que equivocadamente cree cargada, mientras que el intento será impune si el sujeto sabe que el arma está descargada, pero espera, sin base racional alguna, que pese a todo su acción causará la muerte de otra persona. El conocimiento de la situación que tiene el sujeto es relevante, pues, para decidir la peligrosidad *ex ante* de una acción.

Aplicando esta observación al caso de desconocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, se advertirá que dicho desconocimiento permitirá *casi siempre* afirmar la peligrosidad *ex ante* necesaria para la subsistencia del desvalor de la acción. Normalmente, podrá decirse que cualquier persona racional que desconociese, por ejemplo, la concurrencia de una de las indicaciones justificantes de la interrupción del embarazo, efectúa una conducta que *ex ante* corre un peligro serio de realizar el tipo negativo del delito de aborto. Pero ello *no siempre* ha de ser así. Hay que admitir la posibilidad —siquiera sea excepcional, como todas las de tentativa irreal—, de que el desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no baste para afirmar la necesaria peligrosidad *ex ante*. Así, por ejemplo, cuando el sujeto no toma en serio, en absoluto, una amenaza de agresión actual que, por su contexto, cualquier persona racional consideraría que exige una defensa urgente, y pese a ello el sujeto amenazado efectúa lo que cree una agresión cuando en realidad constituía una defensa absolutamente necesaria. Hay aquí, como en los casos usuales de tentativa irreal, un *pronóstico* que ha de considerarse irracional a la vista de los datos de que disponía el sujeto. Hay que rechazar una posible interpretación de casos como éste, en el sentido de que en realidad no faltase

(39) Cfr. MIR PUIG: *Función*, p. 69.

en ellos el conocimiento de los elementos objetivos de la justificación, sino que se diese únicamente una *valoración equivocada*, dando lugar a una forma de error de subsunción al revés irrelevante. Esta interpretación conduciría por otra vía a la misma conclusión de justificación del hecho, pues supondría que existen tanto los elementos objetivos como los subjetivos de justificación que suelen requerirse. Sin embargo, en el caso examinado, el sujeto interpreta de tal forma la situación que conoce, que no sólo la valora de forma equivocada, sino que cree que dará lugar a unos *hechos* futuros distintos a los que cabe racionalmente imaginar. Se trata de un juicio de predicción de hechos (40), no sólo de una calificación errónea como la que caracteriza a los casos de error de subsunción. Ahora bien, evidentemente, no cabe descartar que en casos distintos el error se limite a la valoración jurídica y deba tratarse como error de subsunción al revés.

Pero aun cuando no sea así y no pueda estimarse irrelevante el error por implicar un pronóstico fáctico que excluya el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, deberá admitirse la misma conclusión de impunidad si, ante los datos que conoce el sujeto, nadie mínimamente racional dudaría de la presencia de la situación objetiva de justificación. No podrá formularse entonces el juicio de peligrosidad *ex ante*, que es imprescindible para que sea necesaria la prohibición del hecho y faltará, por tanto, el injusto.

Ello supone admitir que no es preciso *siempre* el conocimiento completo de los presupuestos objetivos de la justificación para que ésta tenga lugar. Pero ello no significa que no sea preciso ningún elemento subjetivo para la justificación. Serán necesarios aquellos conocimientos de los que depende que pueda formularse por un espectador objetivo el necesario juicio de peligrosidad *ex ante*. Normalmente, será preciso para ello el conocimiento completo de la situación, pero incluso en casos como el expuesto en que ello no es necesario, sí deberá seguir exigiéndose que el sujeto cuente con el conocimiento, siquiera parcial, que permitiría al espectador imaginario considerar existente el peligro *ex ante*.

(40) Como el pronóstico subjetivo del que depende que pueda afirmarse dolo eventual o culpa consciente ante una misma situación conocida por el sujeto, y que permite hablar de error que descarta el dolo eventual y da lugar a culpa consciente cuando supone que el sujeto descarta que vaya a producirse en su caso la realización del hecho. Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, p. 206; KINDHAUSER; *ZStW* 96 (1984), p. 26; CORCOY BIDASOLO: *ADPCP*, 1985, p. 971.