

El juicio de adecuación de la conducta

Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Teoría de la imputación objetiva. Cuestiones metodológicas. B) Excurso: ¿Imputación del suceso al sujeto o imputación del comportamiento al tipo?—II. CREACIÓN DE UN PELIGRO TÍPICAMENTE RELEVANTE: A) Creación de un peligro. Peligrosidad de la conducta. B) El juicio de adecuación. C) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva: ¿Distinto grado de adecuación en delitos dolosos e imprudentes? D) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva (y 2): Los conocimientos especiales del agente.—III. TENTATIVA. FUNDAMENTO DE PUNICIÓN Y TENTATIVA INIDÓNEA: A) Fundamento de punición de la tentativa: 1. Exposición doctrinal, *a)* Teoría de la falta de tipo, *b)* Teoría del peligro abstracto: inidoneidad relativa y absoluta, *c)* Teoría del peligro concreto; 2. Consideraciones críticas; 3. Posición personal y nuevo Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

A) Teoría de la imputación objetiva. Consideraciones metodológicas

En una primera aproximación, puede afirmarse que para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta, es necesario, además de una relación causal científico-naturalmente constatable, que dicha con-

ducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada; es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar (1). Descomponiendo el enunciado anterior, podemos distinguir tres criterios o elementos nucleares del juicio de imputación: creación de un riesgo típicamente relevante (2), realización del riesgo en el resultado y la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma. Apenas existen, entre quienes defienden la teoría de la imputación objetiva, discrepancias de contenido en este punto, si bien se dan opiniones controvertidas en aspectos relativos a la ubicación sistemática de dichos criterios y a consideraciones metodológicas relativas al propio ámbito de lo que ha de llamarse una teoría de la imputación, además de a cuestiones de índole terminológica.

Estas dos últimas cuestiones, sobre las que a modo introductorio quiero tratar, están íntimamente relacionadas. Es sabido que la teoría —o la tónica— de la imputación objetiva ha venido siendo tradicionalmente referida al resultado. Es decir, ha consistido en la búsqueda de criterios para poder imputar un resultado a un comportamiento. Como afirma Wolter, «sólo en los últimos tiempos se ha intentado ampliar el campo de visión, incluyendo en la doctrina de la imputación también las formas peligrosas de comportamiento» (3), es decir, la creación del peligro típicamente relevante en el que encuentra su explicación la producción de un resultado. Es más, han sido varios los autores que han reivindicado la teoría de la imputación objetiva como un instrumento aplicable a todo el sistema del Derecho Penal (4). Aportaciones paradigmáticas en este sentido son las de

(1) Cfr., entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, 1992, pp. 30 y 40; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Estudio preliminar», en *La imputación objetiva en Derecho Penal*, JAKOBS, Civitas, 1996, p. 35 ss.

(2) Opto por esta expresión por entenderla más correcta que otras como «jurídicamente desaprobado» o «jurídicamente desvalorado», en lo referido a la consideración de causas de justificación, si bien, como afirma MARTÍNEZ ESCAMILLA, es una cuestión puramente terminológica. *Vid. La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 40, nota 143, con ulteriores referencias.

(3) En «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», en *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, SCHÜNEMANN (comp.), 1991, p. 108.

(4) Así, WOLTER, que afirma incluso que los criterios de imputación objetiva operan ya en ocasiones antes del tipo objetivo del ilícito, «La imputación objetiva y el sistema moderno de derecho penal», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (edit.), 1994, p. 66.

Cfr. también TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986; quien considera que la tradicional aplicación de la teoría de la imputación objetiva a los delitos de resultado «es excesivamente angosto y limitado», y entiende que la imputación objetiva es un «principio metódico superior... que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema. También informa los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la participación criminal (así en el original. Presumo que se refiere a la participación criminal)» pp. 34-35. BUSTOS, por

Jakobs y Frisch (5). Ambos reformulan la imputación objetiva como una teoría del tipo objetivo, desarrollando una sistemática centrada en la imputación del comportamiento. No es momento de entrar a analizar los planteamientos de ambos autores. Si quisiera, sin embargo, servirme de sus bases metodológicas para resaltar una cierta disfuncionalidad teórica que se da en ocasiones cuando relacionamos el concepto de «imputación» con el de la conducta jurídico-penalmente relevante; es decir, cuando hablamos de lo que ha venido en llamarse el primer criterio de imputación: la creación de un riesgo. Para Jakobs, la calificación de la conducta como típica, recibe la denominación de «imputación objetiva del comportamiento», entendida ésta, básicamente, como interpretación, en cuanto acto comunicativamente relevante, de tal comportamiento, en base a determinados criterios normativos (6). Frisch, en cambio, entiende dicho primer nivel de imputación como propio de una «teoría de la conducta típica», relegando la denominación de «imputación objetiva» para las causaciones de resultado en sentido estricto. Frisch pretende sustituir el criterio de «creación de riesgo objetivamente desaprobado» por el ya citado del topos de la conducta típica. (7) La cuestión estriba en determinar si puede hablarse de una imputación del comportamiento, o sólo de la imputación del resultado, si bien entendiéndose necesario el requisito previo de la constatación de la creación de un riesgo típicamente relevante, por cuanto la imputación de un resultado «ha de basarse en la creación de un riesgo asimismo imputable» (8).

su parte, y partiendo de una crítica a las concepciones habituales de la teoría de la imputación objetiva, extiende sus criterios también a las condiciones objetivas de punibilidad. *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, Es. Pen. y Crim., 1986-1987, p. 142. También ha de ser mencionado, por último y entre otras, la aportación de REYES ALVARADO, quien en su obra *Imputación objetiva*, 1994, y siguiendo a JAKOBS, intenta fundamentar una teoría globalizadora de todo el ámbito del injusto, teoría que, «como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es, tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos, así como a las acciones y omisiones, y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado». pp. 81-82.

(5) Puede encontrarse una exposición paralela de ambos planteamientos en SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., pp. 50 ss.

(6) Vid., JAKOBS, *Derecho Penal. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 1995, pp. 223 ss. También la exposición, ya citada, de SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, pp. 67 ss.

(7) Vid., FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, 1995, pp. 92 ss.

(8) WOLTER, *Imputación objetiva y personal...*, cit., p. 108. Por otra parte, y como afirman SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., pp. 55, nota 97, este aspecto, al menos en lo terminológico, parece estar más claro en la doctrina española, existen discrepancias sobre si esa primera categoría de creación del riesgo debe pertenecer propiamente a la teoría de la imputación objetiva o debe ser un criterio previo anterior. Por enfrentar dos obras recientemente aparecidas sobre la materia, mientras que

Antes de entrar, brevemente, a tratar dicha interrogante, conviene decir que en general, la doctrina ha venido afirmando que la opción entre incluir la categoría «creación de un riesgo desaprobado» dentro de la teoría de la imputación objetiva o, por el contrario, entenderlo como un presupuesto de la misma, es una cuestión básicamente terminológica, sin consecuencias relevantes de contenido (9), aunque a juicio de Frisch, la postura que él defiende –ya mencionada: imputación sólo referida al resultado–, conlleva consecuencias en, por ejemplo, materia de tentativa; según este autor, su teoría puede explicar sin fricciones por qué cuando no se da el presupuesto de la imputación: creación de un riesgo objetivo desaprobado, no sólo no se imputa el resultado sino que ni siquiera se castiga por tentativa de delito. También, a su juicio, implica una mejor compatibilización con la introducción de elementos personales en el enjuiciamiento de la conducta –conocimientos personales–. Después entraré a tratar sobre esta materia, relacionada con la cuestión de si la imputación objetiva puede ser realmente considerada objetiva.

B) Excurso: ¿Imputación del suceso al sujeto o imputación del comportamiento al tipo?

La doctrina mayoritaria, cuando estudia la figura «creación de un riesgo típicamente relevante» como requisito previo para la imputación del resultado –ya sea como primer nivel de una teoría de la imputación objetiva, ya como un elemento externo a la misma–, suele considerar sus elementos –riesgo permitido, adecuación social, previsibilidad, adecuación...– como «criterios de imputación». Se habla así de que, en los casos en que no ha sido superado el riesgo permitido, no podrá imputarse el resultado ni podrá serle imputada la acción tampoco como tentativa. Por contra, algunos autores se han manifestado sobre el escaso rigor terminológico de dichas afirmaciones, considerando que tienden a confundir lo que son el juicio de imputación y el juicio –posterior– de valoración de la conducta (10). Ambos

MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., pp. 41 a 44, partiendo de razones históricas, engloba dentro de la imputación objetiva la creación de un riesgo típicamente relevante; CORCOY BIDASOLO considera la creación de un riesgo el presupuesto de la imputación del resultado, entendiendo que incluirlo dentro de una teoría de la imputación conllevaría una duplicación del juicio de tipicidad. Cfr., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, pp. 438-439.

(9) En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit. p. 43; y SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 52, quienes, contrastando las ya citadas posiciones de JAKOBS y FRISCH con la doctrina dominante, consideran que «si se atiende, exclusivamente, a los resultados prácticos que derivan de cada una de las concepciones, es claro que no existen tan marcadas diferencias entre los dos sectores doctrinales, partidarios ambos, por lo general, de las mismas soluciones».

(10) En la bibliografía española, especialmente PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico de las actividades peligrosas)*, 1995, pp. 49 a 63.

forman parte de lo que puede llamarse el «juicio de tipicidad», si bien adoptan estructuras y criterios de enjuiciamiento diferentes: mientras que un juicio de imputación –atributivo– supone un «acto de otorgamiento de sentido a fenómenos», es decir, que pretenden proporcionar una explicación (no meramente causal, sino de sentido) a los fenómenos físicos, un juicio de valoración se configura en base a la comparación entre el hecho ya ocurrido y la pauta ideal de conducta establecida por la norma (11). O en otras palabras, «la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado» (12). En parecido sentido ha de entenderse la posición ya citada de Frisch, quien considera que la ubicación de la valoración de la conducta en la imputación objetiva es superflua (13). Así, en lo referido a la conducta, juicios de atribución serían la «relación de autoría» y el dolo. En palabras de Paredes Castañón, «los actos de otorgamiento de sentido en que consisten la afirmación de la autoría o la afirmación del dolo aún no significan necesariamente que la conducta de la que el sujeto se afirma que es autor sea lícita o ilícita» (14). De esta forma, el juicio de imputación habrá de ser lógicamente previo, pues sería absurdo considerar lícito o ilícito un mero acontecimiento fenomenológico al carecer éste de «sentido».

Para iluminar esta cuestión podemos servirnos de la tradicional distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, de la forma como son expuestas por Hruschka en un estudio reciente (15). Dicho autor, retomando argumentos de autores del Iluminismo alemán como Grotius, Kant o Daries, distingue, dentro de las reglas de comportamiento, dos momentos. El primero tiene carácter prospectivo, en el que dichas normas adoptan la forma de mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer. Tienen, por tanto, una función de determinación de las conductas, de configuración de la vida social. Por otro lado, las reglas de comportamiento operan también en un momento posterior, retrospectivo, en el cual su función es la de baremo de medición, que lleva aparejada la valoración de la que resulta la tipicidad o atipicidad de la conducta. De las

(11) Cfr., sobre todo ello, PAREDES CASTAÑÓN, cit., pp. 51 y 52.

(12) REYES ALVARADO, cit., p. 117

(13) Citado por PAREDES CASTAÑÓN, cit. p. 54, nota 51.

(14) *Ibid.*, p. 52. El mismo autor aclara que «no se debe errar... sobre el modo en que puede hablarse –por analogía– de «autoría» o de conducta «dolosa» incluso en el caso de conductas lícitas. Pues, en efecto, dichas formas de hablar son, en Derecho Penal, meramente analógicas, útiles cuando estamos procediendo a un examen diferenciado de los distintos niveles de análisis de la conducta humana, pero que no pueden implicar nunca por sí solas valoración alguna de la misma» (entrecorinado y cursivas en el original).

(15) «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», en *ADPCP*, 1994, pp. 343 ss.

reglas de comportamiento han de distinguirse las *reglas de imputación*. «Éstas, desde un punto de vista lógico, no pertenecen al sistema de reglas de comportamiento..., sino que forman un sistema de reglas propio» (16). En la imputación se dan dos niveles: la *imputatio facti*, que consiste en la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como una omisión a un sujeto, es decir, que el juzgador, quien será el encargado de aplicar dichas reglas de imputación, tomará el acontecimiento físico como un hecho, «como un *factum* en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha hecho un sujeto agente» (17). Y esto en el sentido de que el sujeto agente ha tenido una alternativa a su acción, es decir, que ha podido actuar de otra manera. Frente a ésta, la imputación del segundo nivel –*imputatio iuris*– se refiere a un juicio sobre la culpabilidad del autor. Ambas clases de reglas están sometidas a un orden lógico para su aplicación conjunta. Así, como ya dijimos, la imputación del primer nivel –que se correspondería con lo que hemos llamado «relación de autoría»– debe preceder a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición –valoración–, ya que «sólo de un hecho que sea... imputado en el primer nivel, y no de un acontecimiento físico o de su no acaecimiento, se puede decir que está sometido a leyes... Sólo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no ser antijurídico» (18). En cambio, la imputación del segundo nivel –culpabilidad– presupone la aplicación de las reglas de comportamiento al hecho, habiendo de ser el hecho antijurídico (19).

Por tanto, podemos decir que dentro del «juicio de tipicidad» existen dos momentos separables y que deben ser separados (20), que atienden a

(16) *Ibid.*, p. 346. Cursivas mías.

(17) *Ibid.*, p. 347.

(18) *Ibid.*, p. 348. (Cursivas mías.) Esto ya aparecía como principio en la filosofía idealista. *Vid.*, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 22.

(19) En palabras de KANT, citadas por HRUSCHKA, *Ibid.*, p. 351: «la culpabilidad presupone siempre un injusto». Parecidos argumentos pueden encontrarse en REYES ALVARADO, cit., p. 114 ss.; quien, sin embargo, entiende de forma diferente el contenido de la *imputatio iuris*, siendo ésta para dicho autor lo que para HRUSCHKA es la segunda función de las normas de comportamiento. Así, REYES distingue, dentro de la imputatio plena, por un lado la *imputatio facti*, utilizada para calificar un suceso como la conducta de un sujeto, y por otro –y en un segundo momento lógico– la *imputatio iuris*, en base a la cual se declara conforme o contraria a Derecho dicha conducta. Partiendo de esta diferenciación, sostiene que cuando LARENZ hace recaer la imputación «en el poder de actuar como manifestación de un querer representativo de la libertad», está haciendo referencia a la *imputatio facti*. Asimismo, HONIG, quien además de la posibilidad de actuar introduce el elemento del deber, de lo que debía hacer el sujeto, cuando se refiere al primer caso: posibilidad de actuación, está hablando de la *imputatio facti*, tras la que habrá de contemplarse si el sujeto tenía el deber de evitar el resultado, momento de la *imputatio iuris*.

(20) Afirma FRISCH, citado por PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 54, nota 50, que la diferenciación conceptual y sistemática debe poseer un valor propio en el trabajo

naturalezas diferentes y cuyos criterios de enjuiciamiento son también diferentes. Lo que ocurre es que dicha operación lógica bifásica irá unida en un enjuiciamiento global, teleológicamente indiferenciable. Como afirma Armin Kaufmann, «en el objeto de la norma no es posible... separar la acción descrita del autor de la acción, dado que una acción sin el hombre que la ejecuta resulta impensable» (21). Pero en rigor, sólo impropriamente puede hablarse de una «imputación de la conducta al tipo» (22), puesto que lo que en realidad se está realizando es un proceso de subsunción y un consiguiente juicio de valoración, contrastando la conducta realizada con la que la norma imponía o prohibía. De cualquier forma, advierte el mismo Paredes Castañón, que si «se identifica el concepto de “imputación” con cualquier acto de atribución –en el sentido gramatical del término–, esto es, de conexión (en Derecho, por decisión normativa) entre fenómenos (conducta y antijuridicidad o culpabilidad, supuesto fáctico y consecuencia jurídica...), entonces sí que es posible afirmar que la valoración jurídico-penal de la conducta es un juicio de imputación: en cuanto que, efectivamente, la valoración de la conducta es un acto de atribución, por decisión normativa, de cualidades –desvalor o no– a la misma a los ojos del ordenamiento jurídico» (23).

No hay que olvidar, por otra parte, que cuando en el ámbito jurídico-penal –y no en la filosofía de la acción– (24) se habla de imputación, ésta viene referida normalmente al resultado, y los criterios de imputación de ese citado primer nivel o nivel previo vienen configurados en función a la relación de dicho resultado con la acción, no de la acción con el sujeto. Se habla así de «imputación del resultado a la acción» o, más exactamente, «imputación del resultado al sujeto» que ha realizado la acción. Las diferencias entre «imputación del comportamiento» –entiéndase como se quiera– e «imputación del resultado» se complican según como se conciba dicho resultado. Ejemplo paradigmático es Jakobs, quien expresamente propugna una «imputación del comportamiento» en base a lo que el sujeto debía –a tenor a determinada posición de garante fundada en la expectativa normativa– hacer (o más correctamente, en base a lo que debía esperarse del sujeto): juicio de valoración, y no en base a lo que el sujeto podía hacer: juicio de atribución, lo que ya viene presupuesto. Dicho autor entiende el resultado no naturalísticamente, sino como que-

dogmático (en la medida en que el mismo cumple una función interpretativa del Derecho positivo, y que toda interpretación opera mediante diferenciaciones e individualizaciones sucesivas de conceptos y criterios). En similar sentido, LARENZ, *Metodología del la ciencia del Derecho*, 1994, p. 275.

(21) *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Depalma, 1977, p. 141.

(22) PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 49.

(23) *Ibid.*, p. 51, nota 37.

(24) *Vid.*, para una perspectiva reciente, MANUEL CRUZ, ¿A quién pertenece lo ocurrido?, 1995, *passim*.

brantamiento de la validez de la norma, resultado que se da de igual forma en la tentativa que en la consumación, por tanto (25). Del mismo modo, la acción es entendida como la «causación del resultado individualmente evitable», fundiéndose los conceptos de acción y de resultado específicamente jurídico-penal (26).

Desde otra perspectiva, las dificultades para diferenciar ambos juicios se dan por cuanto ambos forman parte del citado «juicio de tipicidad», por lo que también para la atribución de la acción al sujeto habrán de utilizarse criterios dados por el legislador. Como afirma Hruschka, «ha de distinguirse, por principio, entre la cuestión lógica de la diferencia entre los distintos sistemas de reglas a aplicar y la cuestión hermenéutica de si en la constitución del caso jurídico no será necesario «un ir y venir de la mirada» entre la *lex* y el *factum*» (27).

En conclusión, podemos decir que el juicio de atribución supone una explicación, un otorgamiento de sentido a un acontecimiento fenoménico. Esto se produce explicando el hecho como la obra de un sujeto agente. Una vez dotado de sentido —«convertido» en conducta—, entra en juego el juicio de valoración, que enfrenta al ordenamiento vigente dicha conducta, y la compara con la norma concreta del tipo penal, considerándola acorde o contraria al ordenamiento. Pero en ese momento de valoración la conducta no deja de «pertener» al sujeto agente, es decir, no se valora autónomamente como «objeto» aislado, sino que en ese juicio de valoración se está «atribuyendo» un sentido determinado —un sentido jurídico-penal, que es a su vez un sentido social— a la acción del sujeto. Dicho de otra forma, no se le está atribuyendo al sujeto únicamente una acción, sino que se le está atribuyendo una acción jurídico-penalmente relevante, una acción típica. No es que esto suponga una inversión del orden: primero el juicio de valoración y después la atribución de la conducta típica, ni tampoco que sólo exista un juicio con una única naturaleza (28), sino que ambos juicios se dan en un mismo momento, son simultáneos.

(25) Cfr. JAKOBS, cit., 25/15, p. 861.

(26) *Ibid.*, 6/20 p. 168. Esto no quiere decir que JAKOBS prescinda del resultado naturalístico. También incluye criterios de imputación de dicho resultado. A los postulados de JAKOBS se les ha criticado precisamente la falta de claridad en la relación entre el quebrantamiento de la validez de la norma, resultado como lesión al bien jurídico, y resultado entendido científico-naturalísticamente. *Vid.*, sobre ello, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., 86.

(27) *Cit.*, p. 349; en igual sentido LARENZ, cit., 275. También RUDOLPHI, «El fin del Derecho Penal del Estado y las formas imputación jurídico-penal», en *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, SCHÜNEMANN (ed.), 1991, p. 90, cuando afirma que la «imputación personal del comportamiento» «no se trata sólo de una cuestión empírica, sino también de la cuestión normativa de qué medida de aplicación de fuerza se exige de los ciudadanos para el dominio de sus formas externas de comportamiento».

(28) Como afirma PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 51, «un acto de atribución no es nunca un acto de valoración». Y viceversa.

II. CREACIÓN DE UN PELIGRO TÍPICAMENTE RELEVANTE

Como ya se dijo, para poder imputar un resultado, éste habrá de ser producto del peligro desarrollado por una conducta también imputable, es decir, desvalorada. Consecuencia de esto es entender como presupuesto —o como primer nivel— de la imputación, la creación de un riesgo contrario a la norma. A continuación quisiera analizar brevemente algunos criterios de imputación —mejor, de valoración (*vid. supra*)— de la conducta, así como algunas implicaciones sistemáticas que pueden derivarse de una determinada concepción del injusto acorde a las afirmaciones anteriores.

A) Creación de un peligro. Peligrosidad de la conducta

No es necesario entrar a desarrollar los motivos por los que el peligro ha de ser un concepto fundamental en el ámbito de la teoría jurídica del delito. Baste decir que su concurrencia sirve para fundamentar y, recíprocamente, para limitar la intervención punitiva del Estado; y, por lo tanto, es criterio clave para la prohibición o la imposición de ciertas conductas. Así, a nivel de principio, sólo pueden ser prohibidas conductas que impliquen un riesgo de lesión para los objetos de protección de las normas, los bienes jurídicos (29). Esto es conceptualizado por la doctrina como el principio de ofensividad o de lesividad (30). Congruentemente, no podrán ser prohibidas ni, por tanto, punibles conductas que no representen peligro de lesión al bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*).

Intrínsecamente relacionada con dicha exigencia de lesividad viene dada la concepción liberal de un Derecho Penal del acto: «toda infracción penal requiere la exteriorización y materialidad de un hecho y, además, que este hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado. Se traza así la frontera entre el ilícito penal, de un lado, y, de otro, las actitudes internas y los hechos carentes de lesividad, totalmente impunes» (31).

Como puede verse, la concepción del peligro, o mejor, de la acción peligrosa, es inseparable de la perspectiva de un resultado, hacia el que se dirige dicha acción, dicho peligro. Esto es presupuesto lógico previo

(29) Cfr., entre otros muchos, PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 100: «... nuestro actual Derecho Penal ha de guiarse, en cuanto a la declaración de antijuricidad de las mismas, fundamentalmente por consideraciones de *peligrosidad* de las mismas para los bienes jurídicos. Cualquier otra perspectiva debe quedar, por ello, subordinada a ésta». (Cursivas en el original.)

(30) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990, pp. 5 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, «Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pp. 7 ss.

(31) GONZÁLEZ CUSSAC, cit., p. 7; *vid.*

—anormativo— de una teoría de la imputación objetiva (32). De otra forma: el peligro es probabilidad de lesión.

Pero la concurrencia de peligro puede ser contemplada de diferentes maneras. Básicamente de dos: como estado —peligro como una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, como un estado conceptualmente separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o «puesta en peligro» (33)—; o como característica de la acción —«como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión peligrosidad de la conducta» (34)—. Dicha diferenciación se basa en la perspectiva que se adopte para su observación: la peligrosidad de la acción ha de ser enjuiciada desde un punto de vista *ex ante*, teniendo en cuenta como base del juicio los datos fácticos y conocimientos nomológicos que pudieran conocerse en el momento de la acción, mientras que el peligro como un estado, como un resultado, habrá de ser contemplado *ex post*, tomando no sólo los datos reconocibles *ex ante*, sino también los obtenidos una vez realizada la conducta (35). La cuestión es entonces determinar con cuál de ambas perspectivas habrá de operar la imputación objetiva en su primer nivel, que es el que ahora nos interesa. No hay duda —ni discrepancias doctrinales— en afirmar que ha de ser el peligro como atributo de la conducta, la «peligrosidad», lo que ha de ser contemplado cuando se esté hablando de «creación de un riesgo típicamente relevante» (36). El riesgo como resultado también será tomado en cuenta, pero en un nivel posterior: «para considerar el resultado objetivamente imputable, entre los diferentes estadios de riesgo que preceden a la lesión del bien jurídico ha de existir una correlación. Misión de la imputación objetiva será precisamente el delinear los términos de dicha correspondencia. Al resultado típico ha de preceder,

(32) Presupuesto y no contenido, puesto que lo que la moderna teoría de la imputación objetiva exige no es la concreción del peligro de una acción en un resultado, sino que el resultado sea consecuencia del peligro típicamente relevante, es decir, sometido al juicio de valoración normativo.

(33) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 54.

(34) *Ibid.*, *vid.*, también, CORCOY, cit., p. 38, acogiendo una terminología diferente —«puesta en peligro» como característica de la acción, y «lesión» como estado de peligro—. *Vid.*, crítica a esta opción terminológica en MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 57, nota 184.

(35) Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., pp. 54 y 55, quien afirma que «el elemento básico diferenciador de ambos conceptos no es sino los factores o circunstancias que son tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las posibilidades de lesión del bien jurídico». Contrapone expositivamente ambas perspectivas también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 30; *vid.*, también, MIR PUIG, «La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 93 ss.

(36) Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 56-57; CORCOY BIDASOLO, cit., p. 146; MIR PUIG, obra y páginas cit., SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en *El sistema moderno de Derecho Penal*, SCHÜNEMANN (ed.), p. 76, nota 148; RUDOLPHI, cit., p. 87, entre otros.

como estado inmediatamente anterior... una puesta en peligro del bien jurídico protegido, y ésta ha de ser precisamente consecuencia, manifestación de la peligrosidad inicial de la conducta en virtud de la cual su realización estaba prohibida» (37).

Frisch, sin embargo, basa una de las críticas que lanza hacia la teoría de la imputación objetiva tal y como es entendida en forma mayoritaria precisamente en que dicha teoría entiende el peligro «en cierta medida como una magnitud autónoma junto al comportamiento, esto es, pensado como una suerte de resultado intermedio junto al resultado propiamente dicho» (38). Dicho autor entiende, de forma acorde con su teoría de la conducta típica, caracterizada por dar mayor relevancia al desvalor de la acción, que el riesgo que ha de tenerse en cuenta es uno «concebido como una cualidad específica de la propia conducta, la cual, posee, a la luz de nuestros correspondientes conocimientos de experiencia..., la idoneidad cualificada... para producir el correspondiente resultado» (39).

B) El juicio de adecuación

El Derecho Penal ha de ocuparse únicamente de las conductas peligrosas para los bienes jurídicos protegidos por el mismo. Y un comportamiento es peligroso «cuando es generalmente adecuado para la causación del resultado típico y es adecuado cuando, en una primera aproximación, aumenta de manera no insignificante las posibilidades de su producción» (40). Primera aproximación que no es suficiente para determinar lo que se entiende por una conducta adecuada. Hay que decir, en primer lugar, que lo que puede llamarse «teoría de la adecuación» no es ya una teoría de la causalidad, sino una «teoría de la imputación» (41). Se pretende determinar, según criterios normativos, cuándo el peligro que conlleva una conducta es jurídico-penalmente relevante. Es inevitable, y más si ese peligro se determina desde una perspectiva *ex ante*, recurrir a criterios probabilísticos para determinar el grado de peligro (42). Pero tras ellos lo único que se habrá obtenido es un dato fáctico, estadístico, de tal peligro, no la base de valoración que disponga a partir de que grado de peligro habrá de considerarse prohibido. Como puso de manifiesto Gimbernat, todo señalamiento de un punto concreto a partir del cual sea prohibi-

(37) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., 56.

(38) FRISCH, cit., p. 95. Similares críticas pueden verse en BUSTOS RAMÍREZ, cit. pp. 114-116.

(39) FRISCH, cit., p. 95.

(40) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 79.

(41) ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal*, 1976, p. 131. GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito», *Derecho Penal. Parte general*, 1984, p. 186. Sobre las críticas a la antigua teoría causal de la adecuación, *vid.* REYES ALVARADO, cit., pp. 22 ss.

(42) Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 180.

do el peligro —la acción peligrosa— sería arbitrario, y las acciones que quedasen a izquierda y derecha de esa barrera serían casi idénticas (43). Entonces, el problema que se plantea, y al que ya se ha hecho referencia, es el de la relevancia jurídica de la peligrosidad, problema que habrá de resolverse necesariamente atendiendo a criterios normativos, «puesto que el mero juicio de probabilidad nada nos puede decir sobre su propia relevancia» (44). Dicho límite sólo podría, en principio, ser determinado por aproximación indiciaria. Así, algunos autores hablan de un «grado no demasiado alto de posibilidad», otros de una «mínima probabilidad», de una posibilidad «no excesivamente pequeña», de una probabilidad «rayana en la seguridad», etc. (45).

Para determinar la adecuación de una conducta viene utilizándose la fórmula de la «previsibilidad objetiva» (46), la cual define las bases del juicio de peligrosidad para decidir si ésta es adecuada o no para producir el resultado y, por tanto, para considerarlo típicamente relevante. Dicho juicio se realiza por un observador objetivo, situado en la posición del autor en el momento de la acción —*ex ante*— que posee los conocimientos nomológicos propios de un juicio general de la experiencia y los conocimientos ontológicos sobre la acción percibibles desde dicha posición, más los que el autor concreto tuviera —los «conocimientos especiales»—.

(43) GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, de., 1990, p. 43.

(44) PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 193. Afirma en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, cit., p. 153, que «la diferencia entre riesgo permitido y riesgo prohibido no consiste en la diversa magnitud del peligro, sino sólo en que unas veces es lícito y otras no». También TORIO LÓPEZ, cit., p. 41, distingue ambos juicios: habla primero de un juicio de pronóstico y después de un definitivo juicio de valor, en el que «se decide la anti-normatividad del comportamiento, es decir, el contraste del comportamiento con una norma jurídica», si bien incluye en el primero el «pensamiento de la adecuación», confundiendo, a mi entender, lo que es el grado de tendencia con los criterios normativos de valoración del peligro. En realidad, todo depende de cómo se entienda el término «adecuación», si como un mero dato fáctico, empírico, de relación medio-fin entre la acción y el resultado —el problema es el grado: ¿adecuada = posible?, ¿adecuada = probable?, ¿muy probable?...— o como la valoración de peligro, como aquí se hace —acción adecuada (para producir el resultado) = acción prohibida—; o dicho de otra forma, si como una teoría de la causalidad o como una teoría de la imputación. *Vid.*, en relación a esto último, nota 40.

(45) Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 97.

(46) En realidad, la disparidad terminológica en este ámbito es bastante habitual. Por ejemplo, Corcoy prefiere utilizar el término «probabilidad» al de «previsibilidad», pero no para determinar el grado de riesgo, sino para determinar el deber objetivo de cuidado, y sustituye el concepto de «adecuación» por el del primer criterio de imputación, como creación de un riesgo típicamente relevante. *Vid.*, obra cit., p. 202, y nota 775. También suelen intercambiarse los criterios de previsibilidad objetiva, adecuación y objektive Bezweckbarkeit —traducido al español como «posibilidad objetiva de pretender», «alcanzabilidad», «susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad», «finalidad objetiva», «dominabilidad objetiva», «intencionalidad objetiva», etc. Sobre esto, Corcoy, cit., p. 226; y Martínez Escamilla, cit., p. 35, y nota 127—.

Entendida de esta forma, como juicio normativo de valoración sobre la conducta peligrosa relevante para el Derecho Penal, la previsibilidad objetiva constituye un requisito fundamental (47) para el injusto penal, puesto que viene a determinar el deber objetivo de cuidado, o dicho de otra forma, el margen diferenciador entre lo permitido y lo prohibido (48), tanto en los delitos dolosos como imprudentes (49).

La figura del espectador objetivo representa «el juicio de la sociedad sobre la conducta examinada» (50), o «la figura del Juez como personificación del ordenamiento jurídico» (51). Más allá de esta afirmación, lo que se pretende con ese observador ficticio es dotar de racionalidad la valoración de la conducta, atendiendo a los conocimientos empíricos poseídos por la generalidad de las personas en el momento presente. El hecho de dotar a este observador de los conocimientos equivalentes a los que el autor debería poseer, y no los propios de una «experiencia universal», responde a que se está valorando la conducta de un sujeto concreto, al cual no puede exigírsele más conocimientos que los propios de su deber objetivo de cuidado, ya que «las normas se configuran como estándares de comportamiento, de manera que los miembros de la comunidad puedan orientarse recíprocamente por ellas» (52). Pero dicho observador, como se dijo, también tiene los conocimientos propios del sujeto concreto cuya conducta se valora, por lo que habrán de tenerse en cuenta para ello. Así, el observador tiene los conocimientos del autor, pero no se confunde con él, por lo que, si el sujeto tuviera inferiores conocimientos a los de la mayoría, y en base a ello considerara erróneamente una conducta como peligrosa, no por ello habrá de estar desvalorada —prohibida—, ya que dicho juicio se realiza por el observador objetivo, quien determinará

(47) Aunque no el único, puesto que hay conductas adecuadas —objetivamente previsibles— para causar el resultado que no constituyen un injusto penal, por ejemplo en los casos de «riesgo permitido».

(48) En igual sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 118; CORCOY, cit., p. 226; GIMBERNAT, cit., p. 59.

(49) Vid. GIMBERNAT, cit., p. 59; y WOLTER, *Adäquanz und Relevanztheorie...*, cit., p. 268: «... los delitos dolosos e imprudentes son básicamente idénticos en el injusto objetivo y sus diferencias esenciales se dan sólo en el injusto subjetivo y en la culpabilidad».

(50) FARRÉ, cit., p. 394. Frente a dicha afirmación, es preciso especificar que no se refiere a la valoración que haría la sociedad de la conducta desde criterios éticos, ni tampoco sobre la base de una pretendida peligrosidad abstracta relacionada con la «impresión» que el hecho produce en la sociedad, alterando el sentimiento de seguridad o la paz jurídica, juicio propio de la así llamada «teoría de la impresión». Sobre ello, *vid. Infra*.

(51) WOLTER, *Adäquanz...*, cit., p. 260. Vid. también CORCOY, cit., p. 202: «... el Juez, configurado como espectador objetivo...». Y nota 772: «La figura del espectador objetivo, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia penal, tiene como fundamento la necesidad de distinguir entre el Derecho procesal y el Derecho penal material: el juicio sobre un elemento del Derecho material tiene que ser independiente del Juez».

(52) SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 66.

la falta de peligrosidad de la conducta (53). Es decir, no es el propio autor del hecho quien determina la relevancia de su propia conducta, sino la norma, representado su juicio por ese espectador. Así, lo determinante para el injusto no es la representación que se haga del sujeto de su acción, sino la que racionalmente –es decir, atendiendo a pautas de interpretación del mundo aceptadas por la mayoría– se determine. Otra cosa sería entender el delito «no como perturbación social, sino únicamente como un acontecer entre individuo y norma» (54). El delito es un fenómeno desarrollado en sociedad, y que debe ser explicado en base a criterios adoptados consensualmente. Este juicio de adecuación sobre la conducta del actor no es únicamente descriptivo, sino que es adscriptivo (55), no es sólo la existencia de una acción, sino una explicación sobre la calidad de la acción. Como afirma Cruz, «la calidad de la acción no la determina en exclusiva, ni mucho menos en privado, el propio agente, sino que ha de poder ser intersubjetivamente controlable». Y añade: «“intersubjetivamente controlable”... debe entenderse aquí como sinónimo de inteligible» (56), es decir, racional.

Ya se ha hecho referencia a exigencia de indagar el peligro de una conducta desde una postura *ex ante*, en el sentido de preguntarnos por la peligrosidad que conlleva la conducta para el bien jurídico en el momento de realización de la misma. Lo que aún no se ha hecho es fundamentar esa opción. En principio, cabría atender también para el juicio de la acción al peligro entendido desde una perspectiva *ex post*, una vez la acción ha tenido lugar y se conocen sus efectos. En realidad, la postura que se adopte guardará directa relación con la concepción que se tenga del injusto, así como de la función de las normas y de la pena en el Derecho Penal.

Abandonadas ya, o en todo caso en fase progresiva de extinción, las pretensiones de elaborar una dogmática desvinculada del ámbito en que ha de operar, basada en apriorismos ontológicos, es característico de la ciencia jurídico-penal moderna entender el Derecho Penal como un instrumento –instrumento de control social y, más genéricamente, de organización social–, por lo que la ordenación de sus mecanismos y formas de

(53) Así, FARRÉ TREPAT, cit., p. 395.

(54) JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», *ADPCP*, 1991, p. 504.

(55) *Vid.* sobre las diferencias entre ambos y las discusiones sobre ello entre HART y AUSTIN, CRUZ, M., ¿A quién pertenece lo ocurrido?, cit., pp. 224-225, entre otras. Es interesante el matiz de ciertos casos en los que lo que se da es una descripción de lo adscrito.

(56) Cit., p. 227; también encontramos el término de «intersubjetividad» en MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., p. 184: «esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un observador objetivo. Aquí *objetividad* significa «intersubjetividad». (Cursivas y entrecomillados en el original.)

actuación ha de racionalizarse en atención a los fines que persigue (57). Por tanto, en función de esos fines, habrán de conformarse los criterios que determinen el injusto. Existe pacífica coincidencia en admitir que el Derecho Penal tiene un fin de protección de los intereses básicos e irrenunciables para el mantenimiento de la paz social, o en otras palabras, en «garantizar las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social» (58), fin inmediatamente articulado a través de la protección de los bienes jurídicos (59). Para ello, establece una serie de normas, prohibiendo o conminando a la realización de conductas que sean peligrosas para esos bienes jurídicos. Esto implica, en primer lugar, la exigencia de exteriorización del comportamiento para ser susceptible de conminación penal, y el requisito añadido, ya citado con anterioridad, de la peligrosidad de la conducta (60). Para el causalismo, tal conminación penal se hacía *a posteriori*, una vez realizado el hecho, es decir, «el punto de partida de la antijuridicidad es el resultado producido, que se contempla desde la perspectiva de un momento en que ya ha tenido lugar» (61). En cambio, si lo que se pretende es una protección eficaz de dichos bienes jurídicos, la norma tiene que conminar a los sujetos ya desde el momento en que vaya a realizarse la acción: preventivamente (62). Así

(57) Cfr. sobre la evolución del pensamiento jurídico-penal hacia posiciones teleológico-funcionales, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., p. 67 ss. Vid. también HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, 1984, pp. 34 ss.: un Derecho penal orientado a las consecuencias que genera, y la obra colectiva *El sistema moderno de Derecho Penal. Cuestiones fundamentales.*, cit.

(58) Así, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general.* cit., p. 45; cfr., también, PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 98, y núm. 35, que denomina a tal fin «función de seguridad», poniendo de relevancia, desde perspectivas de teoría de los sistemas, que esa función de seguridad y protección se aplica en sociedades caracterizadas por su complejidad y su contingencia, por lo que en éstas tan sólo se puede garantizar el que los mecanismos del ordenamiento jurídico protegerán las expectativas jurídicamente reconocidas del sujeto de que el infractor será sancionado y la situación de «paz jurídica» restablecida; no la ausencia de menoscabo en el disfrute de dichos bienes. Sobre los fines del Derecho Penal en un Estado social y democrático de derecho, vid. la obra de MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 30 ss.

(59) Cfr. RUDOLPHI, cit., pp. 81-82; MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 33 y pp. 62 ss.; MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 34 ss.; el mismo, *Derecho Penal. Parte general*, 1990, pp. 71 ss.

(60) Cfr., entre otros muchos, PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 97., y MIR PUIG, *El Derecho...*, cit., p. 101: «Un tal Derecho Penal sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger. No puede, en cambio, tener por objeto que el sujeto no "adopte decisiones" contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es sólo el de los procesos de interacción social».

(61) MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., p. 98.

(62) En palabras de MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 75: «Si la norma quiere cumplir su fin de prevenir el menoscabo de bienes jurídicos, lógicamente tendrá que actuar en el momento en que dicho menoscabo aún no se ha producido, pues de lo contrario poco quedaría por prevenir, es decir, ha de influir en el ciudadano antes de que éste delinca».

entendida, la norma de conducta se concibe en base a una doble naturaleza. Por un lado, en su función de motivación, dirigida al sujeto; por otro, en su función de valoración, que juzga la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico. Dicha norma «habrá de incidir en los ciudadanos con anterioridad a la realización de un comportamiento lesivo, inhibiéndoles de su comisión... Sólo pueden prohibirse con sentido aquellas conductas que *ex ante* aparecen como peligrosas respecto al bien jurídico que se trata de proteger. Con ello, la idea de peligrosidad *ex ante* se convierte en elemento esencial del desvalor de la acción» (63).

En relación a la concepción teleológica en que se mueve el Derecho Penal en la actualidad, ha de retomarse una cuestión que quedó apuntada en páginas anteriores, relativa a la determinación del peligro de la conducta. Ya ha sido explicado cuál ha de ser, a mi juicio, la posición desde la que ha de contemplarse ese peligro —«previsibilidad objetiva»—; también se ha explicado por qué —función de protección preventiva del Derecho Penal—. Sin embargo, sigue sin ser aclarado, a la hora de declarar típicamente relevante la acción, cuál ha de ser el grado de peligro a partir del que podamos trazar una frontera que divida lo permitido de lo prohibido. Dicho de otra forma, afirmar cuál es el grado de tendencia concreto a partir del cual estaremos ante una conducta típica. Y no se ha determinado dicha división, simplemente porque no es posible hacerlo con carácter genérico y apriorístico (64). Ya se vio que la graduación del peligro sólo podía hacerse estadísticamente, en base a criterios empíricos. Y que, en cambio, la decisión sobre la relevancia jurídico-penal de una conducta atiende a consideraciones de índole normativa y teleológica, que responden a criterios distintos. Estas últimas, como acabo de afirmar, deben derivarse de los fines perseguidos por el Derecho Penal. Por tanto, es a partir de criterios teleológicos como debe determinarse, en cada caso, si se ha vulnerado la prohibición. Las palabras de Martínez Escamilla expresan inmejorablemente esta idea: «Para decidir el problema, el Juez deberá, más bien, atender a otra serie de consideraciones que le permitan decidir en los casos conflictivos si se trata o no de una peligrosidad relevante. Estas consideraciones pueden ser, aparte de la función del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos y la comprensión de las normas como normas de determinación, otras ideas como la del principio de intervención mínima del Derecho Penal, la concepción actual de éste

(63) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 33. (Cursivas en el original). Sobre el planteamiento de la perspectiva *ex ante* también en relación a la omisión y a permisiones, cfr., RUDOLPHI, cit. pp. 87-88.

(64) Como ejemplo, puede apuntarse una frase de RUDOLPHI, cit., p. 87, en la que queda patente ese grado de indecisión: «Sólo pueden ser acciones que —desde el punto de vista *ex ante*—, según el conocimiento empírico de nuestro tiempo, lesionarían de modo posible, probable, o incluso con una probabilidad rayana en la seguridad, el bien jurídico respectivamente protegido.

como un Derecho Penal de hecho y no de autor, la necesidad de respetar un determinado ámbito de libertad de actuación, y todas aquellas ideas en las que se basa nuestro derecho y que, en un sistema teleológico, merecen tener un reflejo en la configuración del injusto. Atendiendo a estos principios es como habrá de decidirse si un determinado nivel de posibilidades es suficiente para sobrepasar la frontera de la irrelevancia penal» (65).

C) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva: ¿Igual grado de adecuación en delitos dolosos e imprudentes?

La pregunta siguiente, en relación al grado de tendencia, es si debe ser igual tanto en delitos dolosos e imprudentes. Pregunta que, en base a los planteamientos de carácter objetivo que se han venido siguiendo para la determinación del injusto, según criterios propios de la teoría de la imputación objetiva, debiera tener una respuesta afirmativa. Si entramos a cuestionarla, es porque la mayoría de la doctrina se manifiesta negativamente, lo que permite poner en duda la pretendida base «objetiva» de dicha teoría.

Los criterios de imputación objetiva fueron desarrollados, en un principio, en torno al delito imprudente (66). Esto, en opinión de Reyes Alvarado, puede deberse al hecho de que la mayoría de los casos problemáticos que han dado lugar a las polémicas doctrinales se circunscriben en la órbita de la imprudencia; y, por otro lado, a que el primer criterio de imputación —la creación de un riesgo— se lo identifica con el deber objetivo de cuidado, requisito originariamente entendido únicamente de los delitos imprudentes. Lo que ocurre, según el citado autor, es que en los delitos dolosos la creación del riesgo desaprobado suele ser evidente, mientras que en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis más detenido, circunstancia que no ha de obstar, a su juicio, para que una teoría de la imputación objetiva pueda ser aplicada de igual forma a ambas clases de delitos (67). No voy a entrar ahora en polémicas sobre el ámbito de aplicación de la imputación objetiva. Simplemente pondré de relieve, antes de entrar en lo relativo al grado de tendencia, que, aunque la mayoría de la doctrina aplica también a los delitos dolosos criterios de imputación objetiva, no lo hace de la misma manera en ambas formas delictivas (68).

(65) Cit., p. 100.

(66) Así la conocida frase de KAUFMANN, A., de que la imputación objetiva «lleva grabada en la frente su procedencia del delito imprudente». Cfr. «¿Atribución objetiva» en el delito doloso?, *ADPCP*, 1985, p. 814.

(67) REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1992, p. 965.

(68) Así, CORCOY, cit., p. 31, quien afirma que la presencia de dolo otorga a la imputación objetiva un carácter secundario. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 1990, p. 247; TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito...*, cit. pp. 39 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOSILDO, cit., pp. 92 ss., entre otros.

El planteamiento es el siguiente: ¿debe exigirse igual grado de tendencia en delitos imprudentes y dolosos para considerar el riesgo relevante jurídico-penalmente, o debe bastar un menor grado de peligrosidad en los delitos dolosos? La tesis mayoritaria es la de que la presencia de dolo hace que baste un grado mínimo de posibilidades de producción de resultado, grado que no sería suficiente para fundamentar la responsabilidad a título imprudente (69). Partidario de esta opción se muestra Torío López, quien afirma que «la peligrosidad de la acción puede ser muy tenue, pero en atención a los demás factores, entre los que el dolo ocupa un puesto fundamental, ser muy alta la desaprobación jurídico-penal... No es posible, por tanto, entender que la imputación objetiva presupone un coeficiente idéntico de peligro en el delito doloso y en el culposo» (70).

Antes de plantear mi postura, dos aclaraciones y un ejemplo: En primer lugar, la cuestión no tiene que ver con que el dolo pueda o no pueda, fundamentado en cuestiones de motivación por la norma, suponer un mayor grado de responsabilidad. Es evidente que así es, tal y como lo entiende la totalidad de la doctrina. Pero eso pertenece al análisis de la parte subjetiva del injusto (71), y aquí se está tratando exclusivamente sobre la parte objetiva. De lo que se trata es de si también en los delitos dolosos la adecuación, la peligrosidad, ha de constituir el requisito mínimo para la relevancia penal del comportamiento, y si puede concebirse esto como un principio rector del Derecho Penal en relación a sus fines y a sus principios limitadores y, en consecuencia, aplicable por igual a cualquier forma de aparición del delito. En segundo lugar, darle la razón a Mir Puig, a quien a continuación le será quitada, cuando afirma que «el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta» (72). Es evidente que una acción dirigida a la consecución de una lesión supondrá objetivamente un mayor grado de peligro que el caso de una conducta imprudente, puesto que, en palabras de Octavio de Toledo/Huerta Tolcido, «no siempre querer es poder, pero es más fácil que se pueda queriendo poder que sin quererlo, y esta disminución de las dificultades es algo objetivo y no subjetivo» (73). Aclarado lo anterior, recurramos al ejemplo del caso Thyren, citado prácticamente por todos los autores que tratan esta problemática: Una persona (A), inexperta en el manejo de armas, dispara con intención de matar contra un hombre (B) que se encuentra a una distancia tal que incluso a un tirador experto le hubiera resultado extraordinariamente difícil dar en el blanco. A pesar de estas circunstancias, el proyectil alcanza a B, que muere a consecuencia del impacto (74).

(69) Así lo entienden los autores citados en nota anterior.

(70) *Naturaleza y ámbito...*, cit., p. 42.

(71) O a la culpabilidad, según planteamientos causalistas. O según, por motivos diferentes, REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos...*, cit., p. 952.

(72) *El Derecho Penal...*, cit., p. 102.

(73) DP, PG, cit., p. 94.

(74) Tomo la redacción del ejemplo de MARTINEZ ESCAMILLA, cit., p. 108.

En este caso, se afirma mayoritariamente la imputación objetiva del resultado. En cambio, se niega si la muerte se hubiera producido imprudentemente, aunque las posibilidades de dar muerte a una persona fueran tan pequeñas como en el caso doloso (75).

Mir Puig fundamenta esta postura en la apariencia externa de la dirección hacia la lesión del bien jurídico (76). Esto no puede convencer, puesto que esa contemplación de la apariencia externa excluye del juicio de peligrosidad los conocimientos del autor, necesarios en el juicio de adecuación (77). Y además, como ha puesto de manifiesto Martínez Escamilla, estaríamos beneficiando al delincuente inteligente, que escogería la conducta que apareciera más inofensiva exteriormente. En realidad, Mir está puniendo la intención del sujeto, la cual, según él mismo afirma, «contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva» (78). En los casos de dolo directo o eventual no basta, en cambio, una peligrosidad mínima (79). Su posición resulta entonces apenas diferenciable del finalismo, para el cual, en palabras de Armin Kaufmann, «no se necesita una comprobación de su peligro (de la acción), pues la intención dirigida a la lesión representa el mayor grado de peligro» (80). Mir justifica una exigencia de menor peligrosidad para los delitos dolosos en base a que «el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar el bien jurídico... que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de la acción... o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión» (81), por cuanto el dolo implica una mayor capacidad de motivación. Ante esto hay que decir con Martínez Escamilla que lo que aquí se está dando es una confusión entre el instrumento de la conminación penal: la norma en su función de motivación, y el fin que dicha norma persigue: para ese autor, basta que exista posibilidad de motivar, para que se de la prohibición penal, a pesar de que la peligrosidad de la conducta sea mínima (82). Imagínese por un momento que, en el mismo ejemplo, el disparo, debido a la distancia a la que se encontraba B, y como

(75) Así, MIR PUIG, DP, PG, cit., p. 247.

(76) *Ibid.*, p. 248.

(77) Dicha referencia a la «apariencia externa» parece guardar cierta semejanza con la «teoría de la impresión» o su derivación en un enjuiciamiento semejante de la conducta en base a la «impresión de peligrosidad» (*Vid.* WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Strafrecht*, 1981, p. 78), utilizado por algunos autores alemanes para justificar la punición de la tentativa infidonea. También SANCINETTI ha considerado algunos aspectos de la posición de MIR como cercanos a la citada teoría. *Vid.* SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de la acción*, 1991, p. 483, nota 292.

(78) *El Derecho Penal...*, cit., p. 199.

(79) *Ibid.*

(80) Cit., p. 161.

(81) *Ibid.*, p. 103.

(82) En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., pp. 115 y 69.

era objetivamente previsible, no hubiera producido el resultado. En este caso, resulta difícil creer que nadie afirmara la presencia de una tentativa idónea, sino más bien de una tentativa irreal. Da la impresión de que la responsabilidad atribuida al sujeto que dispara en el caso Thyren responde a una extraña mezcla de ciertos resabios finalistas y causalistas. La interpretación de los tipos penales, de acuerdo con los principios y fines básicos del Derecho Penal, implica una reducción teleológico-racional del tipo objetivo. No sólo en el sentido de que no pueden prohibirse meros cursos causales, conclusión a la que se llegaría si se entendiera que basta una mera posibilidad de causación del resultado y que éste se produzca, como parece hacerse por algunos autores al admitir suficiente para la prohibición de la conducta una mínima peligrosidad –en función de la cual la limitación del tipo no sería mucho mayor que la ofrecida por la teoría de la equivalencia de condiciones (83)–, sino también asumiendo que «ya el propio tipo penal aparece como producto de una «solución de conflicto» entre puntos de vista favorables y contrarios a la conminación penal» (84), como ámbito de la ponderación entre la libertad de actuación de los ciudadanos y el interés de protección de los bienes jurídicos, la cual, en base a principios constitucionales, debe dar prioridad a la primera siempre que no exista un peligro relevante y cualificado que justifique la conminación penal. Por tanto, la intención –ni la mera apariencia externa sin peligrosidad suficiente– no puede servir de base para determinar el ámbito de lo prohibido. No hay que olvidar que, «en Derecho Penal, dado su carácter subsidiario y fundamentalmente protector, es suficiente para predicar la atipicidad de la conducta con que no exista valoración jurídico-penal negativa, no siendo necesaria una valoración especialmente positiva de la misma» (85), más propia de la Moral que del Derecho.

La conclusión ha de ser, en lo que respecta al ejemplo utilizado, que no ha existido la creación de un riesgo típicamente relevante, por no ser objetivamente previsible el resultado, requisito que ha de concurrir de igual forma y en idéntico grado en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes.

D) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva (y 2): Los conocimientos especiales del agente

Antes de concluir con los aspectos básicos del pensamiento de la adecuación utilizado para determinar la creación de un riesgo típico (86), es

(83) *Ibid.*, p. 115.

(84) AMELUNG, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *El Sistema moderno...*, cit., p. 96.

(85) PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 138, nota 166.

(86) No se hará referencia al concepto de «riesgo permitido», elemento que asimismo sirve para interpretar restrictivamente los tipos penales, y consiguientemente, el ámbito de prohibición.

preciso referirse a uno de los elementos que forman las bases del juicio y que hasta el momento sólo hemos mencionado de pasada: los conocimientos especiales del autor. Si he preferido dejarlo para este lugar, es porque, al igual que el tema relativo al mismo o diferente grado de tendencia en los delitos dolosos e imprudentes, la inclusión en el juicio de los conocimientos del autor ha hecho que algunos autores pongan en tela de juicio la objetividad que de la teoría de la imputación objetiva se predica, sirviéndose de ello para criticarla y poner en duda la necesidad de su existencia, desde el momento en que utilizan criterios propios de la parte subjetiva del injusto, en atención a los cuales ya podían resolverse casos problemáticos característicos de la imputación objetiva. Estas críticas parten, como es lógico, desde posiciones finalistas (87). Pero también autores partidarios de la imputación objetiva han manifestado que la inclusión de elementos subjetivos –pertenecientes a la psique del autor– supone una cierta distorsión sistemática (88), si bien se muestran dispuestos a admitirla.

En lo referente a la incoherencia achacada, conviene poner de relieve que en la moderna sistemática, basada en criterios teleológico-funcionalistas, la rígida separación entre elementos objetivos y subjetivos es en gran medida relativizada (89). Como afirma Gómez Benítez, lo determinante no es «si un concreto elemento “pertenece” dentro del sistema a una determinada categoría, de la que no puede moverse, sino dónde es relevante», lo que, a su juicio, «implica la admisión de la utilización de elementos del tipo subjetivo en el objetivo, aunque ello relativice el orden sistemático» (90). Por otro lado, no ha de olvidarse que el juicio sobre la tipicidad es de carácter normativo, plano que no ha de confundirse, como a veces ocurre, con uno ontológico. Afirma con razón Reyes Alvarado, que la crítica a la inclusión de aspectos subjetivos dentro del tipo objetivo «emerge de la tradicional confusión entre los planos óntico y valorativo, pues se pretende hacer valer la definición naturalística de lo subjetivo dentro de un ámbito puramente normativo como el sistema penal, cuando en verdad así como uno es el concepto natural y otro el jurídico de acción, la distinción entre objetividad y subjetividad no es necesariamente idéntica en los planos óntico y valorativo» (91).

(87) Cfr. KAUFMANN, cit., p. 820; STRUENSEE, «Causalidad putativa y dolo de causar», *ADPCP*, 1993, p. 933 ss.

(88) Así, ya ENGISCH, y más recientemente WOLTER, citados por MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 83, nota 76.

(89) SCHÜNEMANN, en el Prólogo a la edición española de *El sistema moderno de Derecho Penal*, cit., p. 24; ROXIN, *Finalidad...*, cit., p. 145; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, 1981, p. 374.

(90) En «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en *Omisión e imputación objetiva*. GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), 1994.

(91) REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., p. 137.

Como ha venido reiterándose, el juicio de previsibilidad objetiva implica la valoración-desvaloración normativa de una conducta en función de su grado de peligrosidad. Para ello, atendiendo a consideraciones del funcionamiento de la norma penal y del fin que persigue, se determina el momento ideal en que esa conducta habrá de ser contemplada y las bases del juicio que han de tenerse presentes para ello. Con dicho juicio de adecuación de la conducta se está determinando el deber objetivo de cuidado. Éste dice: tú no debes realizar una conducta que tienda objetivamente a la lesión del bien jurídico, es decir, que desde una perspectiva *ex ante*, sea peligrosa. Y para determinar si una conducta es peligrosa, habrá de contarse con el propio conocimiento de la realidad en la que va a actuar el agente para determinar la relevancia de su conducta. Como afirma Reyes Alvarado, «el aspecto cognoscitivo es parte esencial de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predicen los deberes que emergen de los diversos roles sociales» (92).

Para la valoración de la conducta ha de conocerse su significación lesiva, y ésta no puede abarcarse sin atender a los conocimientos que el autor tuviera sobre su propia acción y sobre la potencialidad lesiva dicha acción. Cabe el caso de que determinadas circunstancias especiales que no puedan ser reconocibles *ex ante* en base a los conocimientos del espectador objetivo sean las determinantes para afirmar la peligrosidad de una conducta. Por ejemplo, el caso del sobrino que hace subir a un avión a su tío, sabiendo que hay una bomba a bordo que explotará en vuelo. Se pregunta Mir Puig, «¿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 –continúa– 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» (93).

De lo que se trata es de determinar concretamente qué acción se está enjuiciando. No es la misma acción –como expresión de sentido social, comunicativamente relevante si se quiere, y no como mero movimiento

(92) Para este autor, que sigue en este aspecto a JAKOBS, la previsibilidad objetiva es criterio necesario pero no suficiente para la imputación objetiva del comportamiento –igual: para considerar la conducta típicamente relevante–, sino que, además del riesgo permitido –concepto que él entiende en sentido laxo, es decir, como todo riesgo no prohibido–, el ámbito de competencia, determinado en función de la expectativa normativa hacia ese sujeto, derivada del rol social, delimitará lo injusto. No entramos aquí a considerar sus planteamientos, sino en lo relativo a los conocimientos especiales. Vid. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., pp. 130-136; y 190.

(93) MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., p. 195.

corporal voluntariamente realizado— la de hacer subir a un avión a mi tío que la de hacerle subir a un avión que tiene una bomba activada para explotar en vuelo. Igual que no es la misma acción producir una herida a un sujeto sano que producir una herida a un sujeto hemofílico. Para lo que sirve la información que proporcionan los conocimientos especiales en el juicio de previsibilidad es para determinar las características relevantes de la concreta conducta para su valoración jurídico-penal, es decir, determinar su peligrosidad, su potencialidad lesiva. Como afirma Frisch, «en realidad se contraponen, con un ropaje subjetivo (conocimiento-desconocimiento), dos situaciones de riesgo distintas, que en todo momento son susceptibles de ser formuladas de modo objetivo» (94). No es necesario reiterar que de lo que se está hablando es de la contemplación de una acción desde una perspectiva *ex ante*: no nos interesa la globalidad del acontecimiento, incluyendo efectos desconocidos por la experiencia general y resultados imprevisibles. Nos interesa la conducta del agente partiendo de lo que conoce fundadamente (95) —conocimientos especiales— y lo que debería conocer —conocimiento de la experiencia general—, es decir, desde donde puede ser evitable la realización de dicha conducta por los medios que el Derecho Penal tiene a su alcance: las normas de determinación (96). «Debiera, por tanto, rehuirse de la pretensión de construir la objetividad, en el ámbito penal, partiendo de perspectivas ontológicas, desconocedoras de la fenomenología espacio-temporal concreta, y que no atiendan a la perspectiva del observador con los conocimientos de los que

(94) Cit., p. 81.

(95) Tampoco interesan para el juicio de valoración la particular e irracional visión del mundo que el agente pueda tener, y su forma de actuar en función de ella. Por eso no le incumbe al Derecho Penal de la actualidad los conjuros o los rezos que imploren la muerte de una persona. Cfr., sobre ello, JAKOBS, *Representación...*, cit., *passim*. Ya hemos hablado *supra* de la idea de racionalidad implícita en el juicio realizado por un observador objetivo. Cfr., también GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos...*, cit., pp. 156-157: «saber, en sentido estricto es saber fundamentado... Lo decisivo es... en qué forma el agente adquiere su representación: si las bases que han conducido al convencimiento de que el resultado se produciría eran sólidas, estaremos ante un auténtico saber; si la representación ha sido adquirida por medio de sueños, presentimientos, supersticiones, etc., entonces no ha habido conocimiento de las circunstancias del hecho».

(96) Según qué criterios se empleen para atribuir responsabilidad a un sujeto por su conducta —éticos, religiosos, jurídicos— la acción se contemplará atendiendo a diferentes contenidos. En la filosofía de la acción esto se conoce con la denominación de «efecto acordeón». Sobre ello expone FEINBERG: «la acción de un hombre puede describirse tan estrecha o tan ampliamente como nos plazca, porque un acto, como el instrumento musical plegadizo, puede apretarse y reducirse al mínimo o bien puede estirarse». Citado por CRUZ, *¿A quién pertenece...*, cit., p. 258. Si para una pauta de valoración religiosa sería primordial el aspecto interno de la conciencia —por basarse la religión en una relación hombre-Dios—, para un Derecho Penal ha de darse relevancia al aspecto de significación social lesiva de la acción. Para ello es necesario atender a ciertos aspectos subjetivos, pero únicamente en cuanto a su reflejo trascendente en el mundo fenomenológico.

dispone, pero sí de los que se pueden disponer en el futuro, pues las normas regulan comportamientos que se producen en un determinado tiempo y lugar. Esta es... la óptica desde la que debiera abordarse la problemática cuestión de la influencia de los conocimientos del autor en el filtro de la imputación objetiva» (97).

III. TENTATIVA. FUNDAMENTO DE PUNICION Y NUEVO CÓDIGO PENAL

En páginas anteriores se ha pretendido exponer lo que, como primer paso ineludible, es preciso para poder imputar un resultado a un agente: la creación de un riesgo típicamente relevante. Elemento que, ya sea propio o previo a la imputación objetiva, coincide con el desvalor de acción (98). Es decir, consiste en un juicio sobre la tipicidad de la conducta. Con ocasión de ello se ha optado, si bien someramente, por una determinada concepción del injusto penal, así como una determinada visión de los fines que el Derecho Penal debe cumplir, todo ello desde perspectivas propias de un pensamiento teleológico-funcional, caracterizado por atender primordialmente a dichos fines a la hora de ordenar e interrelacionar los elementos y categorías sistemáticas precisos para la interpretación de los tipos y la racionalización de su aplicación en la sociedad.

Lo que a continuación se pretende es simplemente aplicar esos principios metodológicos y esa comprensión del injusto a la teoría de la tentativa, aplicación que aparece casi como paralela y automática, puesto que la tentativa consiste precisamente en la realización de una conducta delictiva que no desemboca en un resultado, es decir, coincide, en su parte objetiva, con lo que hemos llamado la «creación de un riesgo típicamente relevante». En primer lugar, se determinará lo que debe ser el fundamento de punición de la tentativa. Éste no puede ser distinto al fundamento de injusto que aquí se ha defendido: la peligrosidad objetiva de la conducta. En segundo lugar, se conjugará coherentemente el mecanismo de valoración de la conducta –previsibilidad objetiva– con la figura de la tentativa inidó-

(97) SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 66-67.

(98) Según la posición aquí mantenida, el desvalor de acción es concebido en forma objetiva, es decir, no es únicamente «desvalor de la intención», configurando en el desvalor de resultado todo el ámbito objetivo del injusto. Expresado de otra forma: la norma envía a los destinatarios prohibiciones de realizar acciones que tiendan objetivamente a la lesión del bien jurídico, y esa tendencia objetiva viene determinada por la contemplación *ex ante* y objetiva de la acción. Sobre una concepción de la norma como expresión del deber objetivo de cuidado, *vid.* MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, pp. 256-257: «La lesión del deber no debe, por tanto, indagarse en función de la representación del autor, sino *ex ante* (objetivamente) sobre la base de la idoneidad objetiva de la acción para causar el resultado».

nea. Por último, y en relación con dicha figura, se harán unas breves consideraciones sobre la regulación de la tentativa en el nuevo Código Penal.

A) Fundamento de punición de la tentativa

La relativización producida sobre la separación dogmática, basada en concepciones ontológicas, de los aspectos objetivos y subjetivos del delito, a que se hacía referencia más arriba, se manifiesta claramente en el ámbito del fundamento de la punición de la tentativa. Fue precisamente dicha figura jurídica la piedra de toque que supuso la aceptación final por la práctica totalidad de la doctrina de la inclusión del dolo en el injusto. Resultaba, en efecto, dogmáticamente insostenible pretender incluir un elemento subjetivo en el injusto si el resultado no se había producido y relegarlo al ámbito de la culpabilidad si se estaba en presencia de una acción consumada. Tanto las antiguas teorías centradas exclusivamente en datos objetivos –(Feuerbach), basadas en el peligro de la acción, a determinar externamente–; como las centradas en datos exclusivamente subjetivos –(von Buri, entre otros), ya basadas en la voluntad delictiva, ya basadas en la peligrosidad del autor– han sido prácticamente abandonadas por la doctrina, sustituyéndose por posiciones intermedias mixtas que combinan ambos aspectos, si bien otorgando relevancia a uno o a otro (99). Esto no podía ser de otra manera. La sola referencia a aspectos objetivos impedía ya desde un primer momento determinar si lo que teníamos delante es una tentativa, puesto que, caracterizada por la falta de resultado, de la observación puramente objetiva del suceso no podía concluirse en muchas ocasiones la tipicidad de la acción. La teoría subjetiva, por su parte, si bien dogmáticamente podía dar un porqué al castigo de la tentativa, conducía a consecuencias político-criminales insatisfactorias (100).

Como afirma, en relación a esta evolución, Farré Trepát, «los términos “objetivo” y “subjetivo” han adquirido otras connotaciones, de forma que la clasificación actual de una teoría como objetiva o subjetiva no supone que en la misma dejen de tenerse en cuenta puntos de vista de la posición contraria, sino más bien, que se acentúa uno u otro aspecto dándole mayor predominio» (101).

(99) Es preciso decir, de cualquier forma, que la fundamentación de lo injusto desde planteamientos subjetivistas, si bien minoritariamente, es defendida en Alemania por relevantes penalistas –ARMIN KAUFMANN, ZIELINSKI, STRUENSEE, etc.– En cambio, y quizá, entre otras razones, debido a las diferencias entre las propias legislaciones, dichas posturas no han sido secundadas –salvo excepciones: *vid.* SUÁREZ MONTES, «Weiter Entwicklung der finalen Handlungslehre?», en *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 379 ss.– por la doctrina española, *vid.*, en todo caso, una defensa de las tesis finalistas extremas en materia de tentativa en el ámbito de habla hispana, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, Temis, 1995, *passim*.

(100) Cfr., exhaustivamente, FARRÉ TREPAT, *cit.*, pp. 5 a 23.

(101) *Cit.*, p. 32.

No obstante, la exposición y crítica de las diversas teorías que intentan dar respuesta a la cuestión del fundamento de punición de la tentativa excedería del ámbito que pretenden abarcar estas páginas. Sabido es que entre las mismas coexisten teorías tanto predominantemente subjetivas, como es la teoría de la impresión (102), mayoritaria en la ciencia penal alemana –dada la regulación subjetiva de la tentativa en el StGB alemán– como teorías esencialmente objetivas, basadas en la presencia de un peligro, y mayoritarias en la doctrina española. En las consideraciones siguientes, nos limitaremos a la exposición de estas últimas, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque, adelantando conclusiones, la regulación de la tentativa dispuesta en el Código Penal de 1995 es incompatible con las teorías subjetivas; en segundo lugar, porque, además de presentar nuestra posición personal sobre el fundamento de punición y su compatibilidad con el nuevo Código Penal, fin esencial de estas páginas consiste en poner de relevancia las diversas formas de concebir los criterios de aplicación del juicio de adecuación, las cuales se ponen de manifiesto en las diferentes teorías de carácter objetivo sobre la tentativa.

Como decimos, la posición actualmente dominante en la doctrina española entiende la razón de la punición de fases anteriores a la consumación en la puesta en peligro del bien jurídico, pero, a diferencia de la antigua teoría estrictamente objetiva, toma en consideración la presencia de elementos subjetivos en el injusto –la resolución de cometer el delito, que según la mayoría de la doctrina coincide con el dolo– (103). Según esta posición, existirá una tentativa –acabada o inacabada– cuando la acción ha creado un peligro, es decir, cuando la acción emprendida hubiera podido ser causal para el resultado. Esta fundamentación permite explicar la menor punición de la tentativa respecto de la consumación, por ser objetivamente menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico, así como la impunidad de los actos preparatorios, por su insuficiente peligrosidad objetiva (104).

Apenas existen divergencias doctrinales entre los autores españoles con respecto a dicha fundamentación. Pero, como vimos, dicho peligro puede ser entendido desde diferentes puntos de vista, y es en ese diferente entendimiento del juicio de peligro donde las posiciones doctrinales, especialmente en relación a la punición de la tentativa inidónea, se separan, contradiciéndose en muchos casos. A continuación serán analizadas esas diferencias.

(102) Sobre ello, vid. por todos FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 330 ss.

(103) Sobre la parte subjetiva del injusto en la tentativa, *vid.*, extensamente. FARRÉ TREPAT, *La Tentativa*, cit., pp. 61 ss.

(104) Cfr., MIR PUIG, *DP*, cit., p. 354; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, cit., p. 449.

1. EXPOSICIÓN

a) *Teoría de la falta de tipo*: Se caracteriza por excluir los casos en los que falta algún elemento del tipo objetivo. Esta falta puede deberse a la ausencia del objeto material del delito –disparar contra un cadáver, robar en un bolsillo vacío–, a la falta de medio –envenenar con azúcar, en vez de con veneno, en el caso de que el tipo exija ese medio específico–, o a la falta de sujeto adecuado –ausencia de la cualidad de funcionario en ciertos delitos– (105). Por tanto, tentativa y «falta de tipo» son dos cosas distintas. Frente a esta afirmación se ha dicho que si algo caracteriza a la tentativa es precisamente la falta de un elemento típico: el resultado. Por ello, los defensores de esta teoría se ven obligados a distinguir entre las distintas características del tipo y determinar cuáles son necesarias para que concurra una tentativa de delito. Así, «una tentativa de delito concurre siempre cuando lo único que falta es la producción del resultado, como “pieza final” de la acción, que hubiera dado lugar a la consumación. En cambio, en la falta de tipo falta alguna de las restantes características que componen el tipo objetivo» (106). Lo que no suele ponerse de manifiesto por parte de los defensores de esta teoría es el motivo por el que debe darse un trato diferenciado a los elementos que componen el tipo. Además, la base puramente formal y estática de esta teoría contradice la necesaria interpretación de los tipos penales desde una perspectiva teleológica, orientada a fines preventivos de protección.

b) *Teoría del peligro abstracto: inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta*: Esta teoría es –ya expresamente, ya aludiendo a diversas fundamentaciones– mayoritaria en la doctrina española actual. Pretende distinguir conductas en las que la inidoneidad de la misma para producir el resultado es absoluta, por carecer los medios empleados o el objeto atacado de aptitud para ello; de una inidoneidad relativa, en la que los medios o el objeto tienen en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiera efectuado, pero, debido a circunstancias particulares, carecen en el caso concreto de la virtualidad suficiente para ello (107), con el fin de excluir la punición la primera (108). Esta diferenciación tiene su origen en la distinción que la doctrina clásica hacía entre peligro abstrac-

(105) Acogen esta postura ANTÓN ONECA, *DP*, 1986, p. 449; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, p. 778. CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, 1964, pp. 33-34. Más recientemente se ha manifestado a favor de esta teoría GONZÁLEZ CUSSAC, cit., p. 20.

(106) FARRÉ, cit., p. 289, con ulteriores referencias.

(107) *Vid.*, ANTÓN ONECA, cit., p. 447.

(108) Defienden una diferenciación entre ambas formas de tentativa, poniendo exclusivamente la relativa, QUINTERO OLIVARES, *DP, PG*, 1989, p. 533; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 1991, p. 557; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, cit., p. 451, quienes, si bien usan dicha terminología para excluir del ámbito del 52.2 la t. absolutamente inidónea, consideran que «resulta dudoso» poder seguir manteniéndola.

to y peligro concreto. El primero, también llamado idoneidad abstracta, se identifica con la virtualidad lesiva del hecho del intento, mientras que el segundo –idoneidad concreta– consistiría en la capacidad específica para alcanzar la consumación (109). En base a esta distinción es como Cerezo Mir intenta compatibilizar una base objetiva de la punición de la tentativa con la presencia del artículo 52.2 en su conocido escrito «Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa». Afirma este autor que con el citado artículo «el legislador ha excluido únicamente la posibilidad de considerar que lo injusto de la tentativa en el Código Penal radique en el peligro concreto del bien jurídico protegido. Lo injusto de la tentativa en el Código Penal español tiene que estar representado por el peligro abstracto del bien jurídico protegido» (110). «¿Cuál ha de ser, sin embargo, la medida de la abstracción?», se pregunta a continuación. Dejaré la contestación que el mismo autor da para más adelante, cuando veamos las contradicciones en que incurre la mayoría de la doctrina a la hora de tomar en consideración el peligro propio del acción.

c) *Teoría del peligro concreto*: Frente a lo anterior, autores como Núñez Barbero entienden que el juicio de idoneidad sobre el peligro ha de ser emitido en concreto, «en el complejo de todas las circunstancias en las cuales la acción se exterioriza», ya que la idoneidad se refiere «a la eficacia causal, a la capacidad para producir el resultado prohibido por la ley» (111). También otros autores como Mir Puig o Farré Trepát han exigido la presencia de un peligro concreto, si bien la concepción que éstos dan a dicho peligro «concreto»: consideración *ex ante* por un observador objetivo de la acción (112), dista mucho de la que el primer autor citado entiende por tal. Las diferencias, como ya se ha afirmado, se basan en la forma de enjuiciar dicha peligrosidad.

(109) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, cit., p. 556.

(110) *Ibid.*, p. 33. Si bien la distinción relativa-absolutamente inidónea parten de esa idea de peligro abstracto-concreto, CEREZO excluye expresamente la validez de la primera distinción, por entender que un primer «límite insalvable» de determinación de lo injusto en la tentativa viene dado por la tipicidad. Por ello «no cabe hacer abstracción de la falta de un elemento cualquiera que pertenezca al tipo de la tentativa de delito. Por este motivo resulta ya inadmisibles el criterio de distinción de imposibilidad absoluta y relativa. No cabe admitir la distinción de inexistencia y mera falta ocasional de presencia de objeto. En ambos casos la acción de tentativa no es típica». Como vemos, está utilizando como primera barrera de punición los postulados de la teoría de la falta de tipo. También GONZÁLEZ CUSSAC, cit., p. 20, se manifiesta de acuerdo con la consideración de un peligro abstracto. Para este autor, el juicio de idoneidad ha de ser desdoblado en dos partes: «primero se realizará un juicio de idoneidad abstracto donde se ha de comprobar si el acto es idóneo desde el punto de vista del fin perseguido (resultado); segundo, se lleva a cabo un juicio de idoneidad estricta, averiguando si el acto es ejecutivo o preparatorio, o sea, si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro». Su postura es similar a la de SPENDEL, quien para el juicio de peligro de la acción utiliza cumulativamente un doble juicio *ex ante/ex post*.

(111) *El delito imposible*, 1963, pp. 107-108.

(112) *Vid.*, FARRÉ TREPAT, *La Tentativa...*, cit., pp. 385 a 396.

2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. DIVERSAS FORMAS DE ENTENDER EL JUICIO DE ADECUACIÓN

Sin perjuicio de alguna crítica puntual hacia las teorías citadas, optaré por establecer una crítica genérica, basada en una serie de contradicciones en las que los autores que las defienden incurren. Todas ellas tienen en común tomar como punto de partida para el fundamento de punición de la tentativa inidónea el criterio del peligro para el bien jurídico. En base a ello, sólo las conductas peligrosas para producir el resultado serán acciones idóneas, y por tanto punibles; y viceversa, las conductas inidóneas son las que carecen de la característica de la peligrosidad, por lo que habrán de ser impunes (113).

Ya he afirmado que lo determinante a la hora de entender el peligro es la manera de determinar el juicio de su comprobación, puesto que la presencia de tal peligro, como juicio de probabilidad que es, dependerá de los factores relativos al suceso fáctico que hayan de conocerse. Pues bien, la mayoría de los autores que utilizan dicho elemento de peligro como base del injusto de la tentativa, aplican teóricamente una perspectiva *ex ante*, entendida igual a como se entiende para el primer nivel de imputación a que ya nos hemos referido. Así, la presencia de una tentativa coincidiría, en los delitos dolosos, con el primer nivel de imputación: la creación de un riesgo típicamente relevante. Es decir, y como afirma Núñez Barbero, «la inidoneidad así afirmada, esto es, “*ex ante*”, equivale a la adecuación y coincide con el peligro» (114). La utilización de la perspectiva *ex ante* en el ámbito de la tentativa parte de presupuestos puramente lógicos, puesto que «un examen de la conducta *ex post* y en concreto, es decir, sin dejar de tener en cuenta ninguno de los factores que han intervenido en el hecho, nos conduciría a la inidoneidad de toda conducta que haya permanecido en una fase de imperfecta ejecución» (115). Ocurre, sin embargo, que la doctrina citada, que podría ser adjetivada como mayoritaria, aplica o bien un doble juicio *ex ante/ex post*, o bien un juicio *ex ante* de forma incorrecta. (116).

Sin ánimo de resultar exhaustivo, quisiera poner de manifiesto dicha incongruencia de la mano de varios autores anteriormente citados.

Núñez Barbero, como he dicho, defiende un concepto estricto de peligro. Y este juicio, «emitido en proporción a todas las circunstancias realmente existentes en el caso singular, debe realizarse “*ex ante*”. *El Juez debe remitirse o referirse al momento en el cual la acción ejecutiva ha sido iniciada y emitir el juicio teniendo en cuenta todas aquellas circunstancias y condiciones que en dicho momento podían ser conocidas o eran*

(113) Cfr., por todos, NUÑEZ BARBERO, cit., pp. 108-109.

(114) *Ibid.*

(115) FARRÉ TREPAT, *La Tentativa...*, cit., p. 392, 1980, pp. 60 y 72.

(116) En igual sentido, FARRÉ TREPAT, *La Tentativa...*, cit., p. 393; la misma, *Consideraciones dogmáticas...*, cit., p. 274

conocidas por el sujeto. Y considerará *idónea* la acción cuando sobre la base de estos elementos se presente adecuada, apropiada, respecto de la consumación, respecto del resultado al cual iba dirigida, considerándose inidónea en los demás casos. La idoneidad así afirmada, esto es, *ex ante*, equivale a la adecuación y coincide con el peligro. De aquí que idoneidad de la acción signifique peligrosidad de la acción, mientras que inidoneidad de la acción debe suponer falta de peligrosidad en la misma». «En el juicio de peligro, el Juez tendrá en cuenta los conocimientos del hombre medio completándolos con los del agente que, a estos efectos, pueden ser superiores, es decir, con el conocimiento especial del reo, en su caso, *prescindiendo de las circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y de las que se revelen a través del suceso, esto es, que no fuesen constatables a priori* (117). La descripción del juicio es exactamente igual a la aquí defendida. Sin embargo, este autor interpreta de forma peculiar dicho juicio. Para él, conocimiento *a priori* no es, a pesar de definirlo así, lo que *ex ante* y situado en el lugar del autor en el momento en que comienza la acción puede conocer el espectador objetivo, sino todo lo cognoscible por el hecho de existir en el momento de la acción, es decir, un conocimiento absoluto de lo existente hasta el momento en que comienza la acción. Esta interpretación de Núñez Barbero resulta en realidad un recurso para eximir de punición ciertas conductas –los llamados «delitos imposibles»–, que desvirtúa la naturaleza de dicho juicio *ex ante* entendido como previsibilidad. Ya fue explicado que el hecho de situar al espectador en el lugar del autor atiende a un juicio de valoración de la conducta, juicio ideal que se pregunta por lo que el agente debería conocer: deber objetivo de cuidado (118). Este autor, sin embargo, considera previsible por ese hombre medio que él cita todo lo existente, es decir, no le sitúa en el lugar del agente, sino en una posición exterior, ajena a condicionamientos espacio-temporales. Consecuentemente, para Núñez Barbero todo error sobre el tipo habría de ser vencible, puesto que todo lo existente en un momento dado es cognoscible. Como puede verse, y al igual que podrá decirse de los planteamientos de otros autores a continuación, la supuesta posición *ex ante* de Núñez Barbero es en realidad una posición *ex post*, es decir, que contempla el acontecimiento una vez ocurrido, pues tener en cuenta todo el sustrato fáctico existente en el momen-

(117) Cit., pp. 108-109-110. (Primeras cursivas del autor, segundas mías.)

(118) En palabras de REYES ALVARADO, *Imputación...*, cit., p. 267: «Cuando se reprocha a alguien el no haber previsto un suceso o unas consecuencias que eran pre-
visibles, se le está censurando el no haberse comportado en la forma como le era exigible hacerlo bajo determinadas circunstancias. Esto significa que, cuando se recurre a la previsibilidad... se está reprochando a la persona una determinada forma de actuación, en cuanto le era exigible una conducta diversa. Importante es... la circunstancia de no haber previsto lo que para *otra persona en su lugar* hubiera sido previsible» (cursivas mías).

to de la acción, implica conocer *a priori* todo lo que va acontecer. En palabras de Gimbernat, con un conocimiento completo de los hechos y de las leyes científico-naturales que rigen los cursos causales solamente se podrían formular juicios de necesidad, y «si se cree en el libre albedrío, lo único que no estaría predeterminado de manera necesaria en el momento de los hechos sería el comportamiento humano» (119). La inaplicabilidad de la posición de este autor queda manifestada en el ejemplo que él mismo pone para explicarla, en el que incurre en un error de aplicación de su propia teoría. El ejemplo, esquematizado, es el siguiente: A dispara su arma contra B, pero ésta, sin conocerlo el agente ni ser reconocible, está cargada sólo con pólvora o bien no tiene el necesario alcance. «Dichas circunstancias, que impiden la consecución del resultado —dice el autor—, son negativas o excluyentes del peligro, porque su naturaleza no es de necesaria ignorancia universal, ni se revelan a través del hecho, sino que son constatables, cognoscibles *a priori*» (120). Frente a este ejemplo, dice que sería distinto el caso si el tiro se hubiese desviado, pues, entonces, el juicio emitido en la ignorancia de esta circunstancia sería objetivamente válido, ya que se habría revelado a través de la falta de producción del resultado. Pero tal afirmación, aplicando estrictamente sus criterios, no sería cierta. Si conocemos todo lo que es universalmente cognoscible en el momento en que el agente va a disparar —la dirección exacta hacia la que apunta el cañón del arma, la velocidad del viento, las pulsaciones de la muñeca del que dispara, etc.—, también sabríamos que el tiro saldría desviado; por tanto, el peligro objetivo sería el mismo que si disparáramos una pistola con pólvora: ninguno.

La postura de Núñez Barbero, siguiendo sus presupuestos, conduciría en realidad a la impunidad de toda tentativa (121).

Rodríguez Devesa, por su parte, afirma con razón que «el problema de la idoneidad o la inidoneidad de una acción sólo puede surgir con una consideración *ex ante*. Para una consideración *ex post* toda tentativa es inidónea, porque, reproducidos los hechos exactamente tal y como ocurrieron, nunca hubiera podido producirse el resultado»; es decir, que «la única manera de poder llegar a distinguir entre actos ejecutivos idóneos e inidóneos es colocarnos en el momento en que se verifican éstos y preguntarnos sobre el grado de probabilidad de que se produzca el resultado. Cuando no hay ninguna probabilidad, la tentativa es inidónea» (122). Sin embargo, después de dicha afirmación, utiliza un criterio *ex post* para determinar la presencia-ausencia de objeto material del delito o la existencia de una bala en el cargador del arma. ¿Qué entiende Rodríguez Devesa por considera-

(119) «Diatriba sobre el Nuevo Código Penal», *La Ley*, viernes 24 de mayo de 1996, año 17, núm. 4043.

(120) Cit., p. 111. (Cursivas mías.)

(121) Así también, FARRÉ, *La Tentativa...*, cit., p. 367.

(122) *DP, PG*, 1995, 789.

ción *ex ante*? Algo muy parecido a lo que entiende Núñez Barbero, es decir, tiene en cuenta no todo lo cognoscible en el momento de comienzo de la acción, sino todo lo concurrente en la realidad fáctica: «Es, pues, preciso que la índole de la acción sea tal que considerada *ex ante* pueda producir como resultado el delito. Un disparo con pólvora no puede reputarse, aunque el sujeto equivocadamente piense que su escopeta está cargada con un cartucho de postas, como comienzo de la ejecución de la acción de matar. Disparar contra un hombre que ya está muerto no es en modo alguno comienzo de ejecución» (123). El citado autor no define quién ha de contemplar *ex ante* la acción, pero en base a lo que afirma parece que hubiera de ser una especie de dios omnipresente, dotado del don de la ubicuidad. Según esta postura, y lo mismo les ocurre a las demás autores en estudio, por tomar en consideración para el juicio de peligrosidad circunstancias que sólo son conocidas en un momento posterior al comienzo de ejecución del hecho, habría de declararse no peligrosa la acción de disparar con una pistola cargada sobre un hombre que muere de un infarto treinta segundos antes de que el disparo se realice.

Es momento ahora para volver sobre la postura de Cerezo Mir. Recordemos que para dicho autor, fundamento de punición de la tentativa inidónea es la peligrosidad abstracta de la acción. Había quedado pendiente de respuesta la pregunta relativa a qué nivel de abstracción era necesario o suficiente para el juicio de peligrosidad, es decir, de qué circunstancias del caso concreto ha de prescindirse para emitir dicho juicio. Cerezo afirma que «la medida de la abstracción ha de venir dada... por las circunstancias que no fueran cognoscibles en el momento del inicio de la acción ejecutiva por una persona inteligente situada en la posición del autor, cuyo saber ontológico está completado por el especial que pudiera tener el agente y dotado de un saber nomológico medio». «Habría que admitir, por tanto, la existencia del peligro cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias cognoscibles en el momento de inicio de la acción ejecutiva por esta persona tipo, el resultado delictivo aparezca posible. La circunstancia que impidió la producción del resultado podría existir ya con anterioridad al principio de ejecución, pero no era cognoscible *ex ante* por la persona tipo mencionada» (124). Es decir, está hablando de un juicio de previsibilidad objetiva. Sin embargo, Cerezo no parece prestarle mucha atención a la hora de aplicarlo, lo que conlleva consecuencias tanto por defecto como por exceso. Por un lado, adscribiéndose a la teoría de la falta de tipo –incompatible con el juicio de adecuación– entiende que en los casos de falta de objeto material o falta de medio –azúcar en vez de veneno– no puede concurrir una tentativa, por ser la conducta atípica, al faltar uno de sus elementos (125). Por otro, en cambio, afirma sorpren-

(123) *Ibid.*, p. 791.

(124) *Lo objetivo y...*, cit., pp. 33-34.

(125) *Ibid.*, p. 27.

dentemente y sin detenerse a explicar los motivos, que «habrá que admitir la existencia de peligro, aunque la producción del resultado aparezca *ex ante* imposible a una persona inteligente, dotada del saber nomológico –no medio– sino de la época» (126).

En incongruencias parecidas incurrían Octavio de Toledo/Huerta Tocildo. Entienden que el «fundamento de la punición del delito imposible es idéntico al de la tentativa (o frustración) idónea. Tanto aquél como ésta se previenen penalmente, además de constituir ambos una manifestación de una voluntad contraria al Derecho (“desvalor de acción”), en uno y otra es dable observar, *ex ante*, un peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos (“desvalor del resultado”)». Dicho de otra forma: «*ex ante* la tentativa idónea y la tentativa inidónea no son diferentes». Pues bien, a renglón seguido, dicen que el delito «absolutamente imposible por falta de objeto material, por completa inadecuación de los medios o por inidoneidad de los sujetos... debe permanecer impune, porque consideradas *ex ante* por un espectador imparcial las actuaciones en que se puede materializar tal tentativa, no serían entendidas como peligrosas para el bien jurídico, pues no puede ser atacado». Nuevamente nos encontramos con una interpretación *sui generis* del juicio de adecuación, en la que se omite la necesidad de que el espectador objetivo se sitúe en el lugar del agente cuando éste va a comenzar el hecho y realice el juicio en base a lo cognoscible en ese momento. Distinto habría de ser, desde una perspectiva estrictamente *ex ante*, si lo que resultó ser un cadáver parecía ser, a todos los efectos (es decir, según el juicio de dicho espectador con un conocimiento general de la experiencia más el que tuviera el agente), una persona acostada y viva, a si a todos esos efectos, era un cadáver, sobre el cual era evidente que el agente únicamente desperdiciaba balas. Para Octavio/Huerta el matiz parece ser prescindible. Su criterio es, en realidad, *ex post*, el único que puede determinar si había o no objeto material aunque *ex ante* no pudiera ser constatable (127).

Y lo mismo ha de decirse de la postura de Quintero Olivares, para quien «la inidoneidad relativa debe ser punible porque entraña, al igual

(126) *Ibid.*, pp. 34-35.

(127) Una postura semejante mantiene en la doctrina alemana, SPENDEL, «Zur Neubegründung der objektiven Versuchslehre», en *Festschrift für Stock*, 1966, pp. 88 ss., realizando un doble juicio *ex ante/ex post*, y llegando a resultados insatisfactorios tanto político-criminal como dogmáticamente. Por un lado, distingue el caso del ladrón que introduce la mano en un bolsillo con intención de robar una cartera o un monedero y la víctima no llevaba en los bolsillos nada de valor del caso en el que el ladrón mete la mano en el bolsillo y el monedero o la cartera se encuentra en otro bolsillo, considerando una conducta peligrosa –y, por tanto, punible– esta última acción, y no peligrosa la primera (p. 107). Por otro lado, y coherentemente con dicho juicio cumulativo *ex ante/ex post*, si la conducta no era peligrosa pero sí *ex ante* habrá de dar lugar a una tentativa punible. Así el caso de quien con dolo de matar produce una herida insignificante a una persona que *a posteriori* –«sin conocerlo el autor ni el espectador objetivo»– resulta ser hemofílica, siendo salvada de la muerte en última instancia (p. 104).

que la tentativa adecuada, un peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido», mientras que «en la tentativa absolutamente inidónea... falta adecuación típica, ya proceda de la falta de acción típica, ya del objeto típico» (128). «En la llamada tentativa inidónea no existe ese principio de ejecución coherente con el resultado buscado, sino que tan sólo hay un propósito del autor que, desde una consideración *ex ante*, obviamente no puede alcanzarse, ya sea por inidoneidad del medio o del objeto o del autor mismo» (129). Encontramos, como en los autores anteriores, la diferenciación entre absoluta y relativa inidoneidad. Pero, desde una perspectiva *ex post* —o también «omnipresente»—, única que admitiría dicha «diferenciación de peligros», tan inidóneo es envenenar con azúcar como envenenar con una cantidad de veneno apenas perceptible por un organismo humano, acción que tampoco sería típica, sino más bien una tentativa irreal. Sin embargo, para estos autores el segundo caso se conceptuaría como «relativamente inidóneo» y sería, por tanto, punible.

B) Posición personal y el nuevo Código Penal Español

Según el fin inmediato del Derecho Penal aquí defendido: protección preventiva de los bienes jurídicos, la prohibición tiene que recaer cuando el agente no ha comenzado aún a realizar la acción, y no cuando la acción ya ha sido realizada. «Pues con el fin de evitar la lesión de bienes jurídicos el legislador envía normas a los ciudadanos para que dejen de realizar aquellas conductas que en el momento de su realización comporten peligro para algún bien jurídico. Ciertamente no tendría ningún sentido constatar la peligrosidad de la conducta una vez realizada (*ex post*), cuando lo que se pretende es evitar la realización de conductas peligrosas. Será preciso prohibir que se lleven a cabo todas aquellas conductas que en el momento de su realización supongan la creación de un peligro para el bien jurídico, aunque posteriormente se compruebe que la ausencia de alguna circunstancia en la conducta prohibida imposibilitaba la consumación del delito» (130). Expresado de otra forma, podría decirse que un Derecho Penal preventivo no puede regirse por criterios causalistas y retribucionistas y prohibir causaciones de resultados —ya sean éstos de lesión o de peligro concreto verificado *ex post*— sino que ha de hacer de las conductas el objeto de prohibición y valoración. Coherentemente con dichos fines del Derecho Penal, sólo podrán ser prohibidas las acciones que sean peligrosas para los bienes jurídicos. No pueden ser punibles acciones que no tengan capacidad de lesionar esos bienes jurídicos. Pero la constatación de esa capacidad, es decir, su idoneidad para producir el resultado, de

(128) Cit., 1989, p. 530.

(129) *Ibid.*, p. 531.

(130) FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas...*, cit., pp. 273-274.

acuerdo con la idea de prevención, debe llevarse a cabo en un momento anterior a la realización de la conducta (*ex ante*) y no con posterioridad a la misma (*ex post*).

Esto no supone abandonar un criterio objetivo en la fundamentación de la punición. Al contrario, es preciso, como hacen las teorías objetivas, distinguir entre conductas peligrosas y no peligrosas, pues ese es el margen diferenciador entre las conductas que interesan al Derecho Penal; distinguir, por tanto, entre tentativas idóneas e inidóneas, dando la razón a Cerezo Mir cuando afirma que la tentativa inidónea es una tentativa no peligrosa, no siendo, entonces, típica. Desde la postura aquí defendida, sólo serán típicas las conductas que, desde un punto de vista *ex ante* aparezcan como peligrosas. No cabe hablar, por tanto, de una tentativa inidónea punible.

Esta postura era compatible con la presencia del artículo 52.2 –felizmente derogado– y es perfectamente compatible con los artículos 16 y 62 del nuevo CP. En el nuevo CP, como es sabido, desaparece toda referencia a la tentativa inidónea, lo que ha servido a algún sector doctrinal para declarar la impunidad de lo que, impropriamente, se ha venido en llamar «tentativa absolutamente inidónea» o «delito absolutamente imposible» (131).

El artículo 16.1 dice lo siguiente: «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 a la voluntad del autor». La introducción del adverbio «objetivamente» y la modificación del tiempo verbal del verbo «deber» –cambia «debieran» por «deberían»– no producen cambios esenciales con respecto al extinto 3.3. Y esto es así porque, aunque pudiera pensarse que lo haya pretendido (132), con esta redacción el legislador no obliga a adoptar una de las posiciones doctrinales que en este ámbito se enfrentan. Con el término «objetivamente» parece que el legislador tuviera intención de añadir un mayor contenido de mal entendido «objetivismo», acercándose a las teorías que hemos venido rechazando (133). Pero un correcto entendi-

(131) Así, QUINTERO OLIVARES, *DP, PG*, 1995, p. 467; «Comentarios al nuevo Código Penal de 1995», *VV. AA.*, volumen I, p. 100.

(132) Cfr. las duras y atinadas críticas que realiza GIMBERNAT ORDEIG, en el *Prólogo al Código Penal de 1995*, Ed. Tecnos, 1995, en lo relativo a su «sectarismo doctrinal», algunas de las cuales no me resisto a reproducir aquí: «...aparentemente, se ha intentado imponer a un legislador accesible –y, tal vez, ingenuo– lo que no se había conseguido en la discusión doctrinal con la fuerza de los argumentos. Lo que sucede es que la Ley tiene su propa lógica objetiva, independiente de la voluntad subjetiva de quien en concreto ha redactado un determinado precepto, y... a veces se es tan torpe que, después de haberse quedado solo en la controversia científica, tampoco se consigue hacer prevalecer las propias ideas ni aun teniendo la posibilidad de influir nada menos que sobre el mismo legislador».

miento de lo que en este ámbito se considera «objetivo» —es decir, la valoración de la conducta no partiendo de un conocimiento total de la situación, sino de un conocimiento objetivamente fundado de la realidad y las leyes de la naturaleza, desde una determinada perspectiva— el artículo 16 permite seguir manteniendo sin forzamientos la posición que aquí se ha estimado más adecuada. Entender lo objetivo como un conocimiento absoluto de la realidad, basado en un juzgador dotado del don de la ubicuidad, conllevaría la inaplicación del artículo 16.1, puesto que toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inocua para el bien jurídico. Por el contrario, por actos que «objetivamente deberían producir el resultado» hay que entender, si no se quiere vaciar dicho artículo de contenido, actos que un espectador objetivo, dotado de los conocimientos fenomenológicos de la generalidad más los del sujeto agente y situado en el lugar del autor, consideraría adecuados, peligrosos, idóneos para producir el resultado (134).

Y es en este artículo, unido a cada tipo legal concreto de la parte especial, lo que forma el injusto de la tentativa, por lo que la desaparación de la mención de la tentativa inidónea de las reglas de determinación de la pena nada variará con respecto al ámbito de punición que el artículo 16.1, entendido correctamente, determina.

(133) De la misma opinión GIMBERNAT, *Diatriba...*, cit., quien entiende que «de adoptarse este criterio (un punto de vista estrictamente objetivo) no serían subsumibles en el artículo 16.1 los comportamientos de intentar violar a una niña que fracasa por la desproporción entre los órganos genitales del hombre y de la víctima, de tratar de envenenar a una persona con el contenido que se cree letal de un frasco rotulado como de cianuro, y que, sin embargo y en realidad, sólo contiene sal, de pretender asesinar a otra persona con una bomba-lapa adosada a su vehículo, pero que tiene un pequeño defecto que le impide explosionar, o con una bomba en perfectas condiciones, que, no obstante, se activa un segundo después de que el conductor del automóvil fallezca de un infarto, o con una pistola que se encasquilla, o de realizar actos encaminados a practicar un aborto a una mujer de la que se cree que está embarazada, sin estarlo, o de 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 son aptos para forzar aquella».

(134) En similar sentido, GIMBERNAT, *ibid.*