

La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal

ESTEBAN SOLA RECHE

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

I. EL DESVALOR DE LA ACCIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTADOR DE LO INJUSTO

1. Con la generalizada aceptación por la moderna Ciencia del Derecho Penal de las consecuencias estructurales de la teoría de lo injusto personal, algunos problemas de la dogmática jurídico-penal han sido replanteados a partir de la fructífera distinción en lo injusto del «desvalor de la acción» del «desvalor del resultado» (1). En

(1) V. WILHELM GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en «Festschrift für Bockelmann» (C. H. Beck), München, 1979, pp. 155-79 (*pássim*); SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad* (Tecnos), Madrid, 1984, *pássim*; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* (4.^a ed. Duncker & Humblot), Berlin, 1988, p. 215; HANS-JOACHIM HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, en «ZStW» (94), 1982, pp. 240-56; HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre in Festschrift für Reinhart Maurach* (C. F. Müller), Karlsruhe, 1972, pp. 51-73 (*pássim*); GÜNTHER STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht», en *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (O. Schwartz), Göttingen, 1975, pp. 177-93 (*pássim*); DIETHART ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (traducción de MARCELO-A. SANCINETTI) (Hammurabi), Buenos Aires, 1990, *pássim*; sobre la trascendencia de dicha distinción también CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre)* (C. H. Beck), München, 1992, pp. 198-9 (10/88-90). Crítico con la suficiencia de tal distinción GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre)*, (2.^a ed. De Gruyter) Berlin/New York, 1991, p. 167 (6/76). Su validez

particular, el fundamento de la punición de la tentativa (2) y de los delitos de peligro abstracto (3), la estructura de las causas de justificación (4), y en general, la determinación del contenido de lo injusto, han sido temas que, abordados desde esa perspectiva, han devuelto al debate dinamismo y a la vez concreción.

2. Cuando el contenido de lo injusto se analiza con esos parámetros, necesariamente surge la dificultad de poner en relación desvalor de la acción y desvalor del resultado por medio de la pregunta de si ambos deben concurrir irremisiblemente en la constitución de lo injusto (5). Pretendiendo revisar el planteamiento que Welzel hizo del problema no todas las versiones del mismo le son fieles. Al estimar como desarrollo natural del finalismo la obra de su discípulo

y utilidad, con una acepción alejada de la concepción subjetiva de lo injusto ha sido claramente demostrada por SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (2.ª ed. Bosch), Barcelona, 1982, pp. 60-5, y especialmente «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *ADPCP*, 1988, pp. 662 y 670-3.

(2) V. JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I (Introducción. Teoría General del delito/1)* (4.ª ed. Tecnos), Madrid 1994, pp. 393-8, especialmente notas 136, 140, 147, 150 y 153; ELENA FARRÉ TREPAT, *La tentativa. Doctrina y jurisprudencia* (Bosch), Barcelona, 1986, pp. 34-6 y 55-7; GALLAS, ob. cit. en n. 1, pp. 159-60; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 35-40/51-60 y 121-5; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General* (1.ª ed. Civitas), Madrid, 1977, pp. 334-5; HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte General* (traducción de JUAN BUSTOS RAMÍREZ y de SERGIO YÁÑEZ PÉREZ) (correspondiente a la 11.ª ed. Editorial Jurídica de Chile), Santiago de Chile, 1970, pp. 260 y 267; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 146/163 y 252-3. Cfr. RAINER ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat* (Dunker & Humblot), Berlín, 1989, pp. 104-5.

(3) V. WILHELM GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», en *Festschrift für Ernst Heinitz* (Walter de Gruyter), Berlín, 1972, p. 181; ECKHARD HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte* (O. Schmidt), Köln, 1973, pp. 73-7; ROXIN, ob. cit. en núm. 1, p. 205 (10/102-4); RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, pp. 59-60; ÁNGEL TORIO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», en *ADPCP*, 1981, pp. 835 (donde suscribe como punto de partida la postura de GALLAS, al identificar los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro posible, y obteniendo así en éstos el desvalor de la acción por el carácter peligroso del comportamiento), 838-40 y 846.

(4) V. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 455-60; GALLAS, ob. cit. en n. 1, pp. 172-9; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 75-120; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Bosch), Barcelona, 1978, pp. 116 y 200-3; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (3.ª ed. corregida y puesta al día. PPU), Barcelona, 1990, pp. 449-53; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 2, pp. 335-6; RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, pp. 57-9; JÜRGEN WOLTER, *Imputación objetiva y personal a título de injusto*. A la vez una contribución al estudio de la *aberratio ictus* en BERND SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ) (Tecnos), Madrid, 1991, pp. 112-3; ZIELINSKI, ob. cit. en núm. 1, pp. 313-5.

(5) V. sobre ello CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 394-7.

Kaufmann (6) y la del discípulo de éste, Zielinski (7), se le ha hecho participe de algún pronunciamiento que sólo a éstos corresponde (8): la extracción del desvalor del resultado del ámbito de lo injusto. Hay que recordar que no es ésta la conclusión necesaria de la afirmación de Welzel de que «el desvalor personal de la acción es el desvalor personal de todos los delitos en el Derecho Penal (...). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción» (9): que lo injusto pueda quedar constituido por el desvalor de la acción no empece que aquél pueda agravarse por el desvalor del resultado en los delitos dolosos (10); precisamente, el proceso de identificación del desvalor de la acción como elemento fundamentador de lo injusto se obtiene de que «lo injusto no queda agotado en la causación del resultado» (11). Y por consiguiente no es preciso deducir de ello la propuesta de eliminar el desvalor del resultado como elemento fundamentador de lo injusto; la gravedad de lo injusto del delito consumado sería mayor que la del delito intentado en directa proporción al mayor o menor desvalor del resultado (12); faltando el desvalor del resultado en la llamada tentativa inidónea, lo injusto sería menor que en la tentativa idónea que alcanza el concreto peligro para el bien jurídico y por tanto se le añade el desvalor del resultado (13).

(6) Respecto a lo que ahora nos interesa v. «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Hans Welzel* (Walter de Gruyter), Berlin/New York, 1974, pp. 403 y 410-1; y, el mismo, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Schwartz), Göttingen, 1959, pp. 50-2.

(7) Cfr. ob. cit. en n. 1, pp. 143-64, 231-48, 251-3 y 367-9.

(8) Cfr. GALLAS, ob. cit. en n. 1, p. 155; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 26-8; SANCINETTI, en ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, p. XXI.

(9) WELZEL, ob. cit. en n. 2, p. 92.

(10) Cfr., con otra opinión, por ejemplo, MIR PUIG, ob. cit. en primer lugar en n. 1, pp. 61-2 núm. 84.

(11) WELZEL, ob. cit. en n. 2, p. 91. Cfr. sin embargo ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, p. 1.

(12) Además de las referencias anteriores a KAUFMANN y a ZIELINSKI, cfr. en la literatura española, en relación con la irrelevancia para el injusto de la producción del resultado, considerando que basta la capacidad de producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos, por ejemplo, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», en *ADPCP*, 1983, p. 86; también, extrayendo de lo injusto la valoración sobre el resultado MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, pp. 145-6; RODRIGO-FABIO SUÁREZ MONTES, «Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?», en *Festschrift für Hans Welzel* (Walter de Gruyter) Berlin/New York 1974, pp. 388-91.

(13) Existe mayoritario acuerdo en entender como resultado objeto de desaprobación por la norma jurídico-penal el (concreto) peligro o la lesión del bien jurídico. La peligrosidad da lugar al correspondiente calificativo de la acción, y corresponde por tanto a su valoración; v. al respecto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 352-5 con notas 45-7; también, JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 216, y RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 2, pp. 331-3 especialmente n. 20.

3. En cambio, sería conforme a ese sentido la conclusión de que para que quede constituido lo injusto, el desvalor de la acción es necesario y suficiente; y el desvalor del resultado, contribuye a su agravación en las formas dolosas (14). Lo necesario del desvalor de la acción en la constitución de lo injusto se obtiene de la fundamentación imperativa de las normas penales, dirigidas a condicionar (prohibiendo u ordenando) determinados comportamientos humanos (15), quedando claro por tanto que el desvalor de la acción es elemento imprescindible en su composición. Lo suficiente del desvalor de la acción en la constitución de lo injusto de los delitos dolosos, se comprueba con la punición de la llamada tentativa inidónea y de los delitos de peligro abstracto (16). Sin embargo, es

(14) Cfr. de otra opinión CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 394-6, a pesar de que mantiene que el desvalor del resultado puede faltar, por ejemplo, en la tentativa inidónea (p. 363); HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 72-3; JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 215, que sin embargo asume la categoría injusto de acción (p. 216), y la de delito imprudente de resultado (p. 779); MANFRED MAIWALD, «Die Bedeutung des Erfolgswertes im Unrecht», en *Wiedergutmachung und Strafrecht (Simposion aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein)* (Wilhelm Fink), München, 1987; pp. 71-2; WOLTER, ob. cit. en n. 4, pp. 110-1. En otro sentido cfr. ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 162-4 y 368. Sin embargo, con la conclusión expuesta de que la concurrencia del desvalor del resultado supone la agravación de lo injusto en los delitos dolosos, se evita la equiparación entre tentativa acabada y delito consumado aunque, de momento, persiste la objeción en el ámbito de los delitos culposos de que lo injusto queda constituido por la conducta descuidada; cfr. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 215.

(15) Por todos, ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (traducción de ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER y ERNESTO GARZÓN VALDÉS) (Depalma), Buenos Aires, 1977, pp. 142, 184-8, 208-11 y 375-81; el mismo, ob. cit. en primer lugar en n. 6, pp. 393-6; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 133-41 y 367; v. también RICHARD HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, (Scientia) Aalen, pp. 187-9; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 17-20; MIR PUIG, ob. cit. en primer lugar en n. 1, pp. 60-5; RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 51.

(16) Cfr. por ejemplo RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, pp. 70-3, referencia en la que dicho autor hace partícipe a MAURACH de la idea sostenida por el *Reichtsgericht* de que el fundamento del castigo de la tentativa inidónea se encuentra en la lesión del general orden público por la manifestación volitiva contraria a Derecho; no obstante lo que MAURACH denuncia es que con ello se encubre el auténtico fundamento: el peligro abstracto que contiene la tentativa; cfr. REINHARD MAURACH, *Derecho Penal II* (traducción y notas de Derecho español por JUAN CÓRDOBA RODA) (Ariel), Barcelona, 1962, p. 194. En relación con lo injusto de la tentativa inidónea considero oportuno advertir aquí que un importante sector doctrinal, en general vinculándose al concepto social de acción, suscribe la llamada «teoría de la impresión», mediante la que obtiene un bien jurídico nuevo, consistente en la confianza de la comunidad en la vigencia del Ordenamiento Jurídico. Este bien jurídico, distinto de los tradicionalmente considerados, es destacado unas veces, por ejemplo cuando se quiere probar en la tentativa inidónea el desvalor del resultado y, otras veces, prácticamente en todos los demás delitos, se le hurta significación: esa confianza en la vigencia del

aún minoritariamente suscrita la suficiencia del desvalor de la acción para la constitución de lo injusto de los delitos culposos (17).

II. SIGNIFICADO DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN

4. Al reconocer en lo injusto un desvalor de la acción implícitamente se ha disgregado del objeto de valoración —la acción— otro factor diferenciado: el resultado (18). Que éste deba o no ser abarcado por el juicio de antijuridicidad es cuestión que no tiene por qué ser resuelta para admitir la corrección de un enjuiciamiento separado de la acción. Otra cosa es que al ser la acción el *prius* lógico del resultado, y por más que la una y el otro puedan ser valorados por separado como ya se ha dicho, deba ser tenido en cuenta que la

Ordenamiento Jurídico ¿no queda tanto o más socavada en el delito consumado que en el inidóneo intento de lesión del bien jurídico? Con esa discutible instrumentación resulta inmediata la construcción de un desvalor del resultado, y se elabora una preciosa máxima carente de excepciones: lo injusto sólo queda constituido cuando al desvalor de la acción se le añade el desvalor del resultado; cfr. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, pp. 478-9; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 2, p. 335. Al respecto, pesimista con el futuro de esta teoría en el ámbito de la tentativa, v. por ejemplo THOMAS WEIGEND, «Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre», en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften I)* (Duncker & Humblot), Berlin, 1989, pp. 121-4. Sobre la suficiencia del desvalor de la acción, precisamente en relación con la punibilidad de la tentativa inidónea como supuesto de no concurrencia del desvalor del resultado cfr. GÜNTER SPENDEL, «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», en *NJW*, 1965, p. 1881.

(17) WELZEL, ob. cit. en n. 2, pp. 193-4; y como desarrollo de esta posición KAUFMANN, ob. cit. en primer lugar en n. 6, p. 411; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 176-79, 220 y 368; FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, «Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* (Walter de Gruyter), Berlin/New York, 1974, pp. 557-63 y 578; MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, pp. 301-3; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (PPU), Barcelona, 1989, pp. 37-9 y 367-77. Nótese sin embargo que admitir la suficiencia del desvalor de la acción en los delitos culposos no implica el acuerdo respecto al papel del resultado aunque en general se acepta que, además de no ser necesario el desvalor del resultado para que se dé lo injusto del delito imprudente, la aparición del mismo tampoco incrementaría lo injusto. Ello daría lugar a una decisiva distinción sistemática entre los delitos dolosos y culposos, de modo que la actualidad de la afirmación de que «el tipo imprudente es residual, sin estructura dogmática propia, construido a partir de modificaciones puntuales del tipo doloso» de CORCOY BIDASOLO (p. 34), puede ser, cuando menos, cuestionada. Expresamente en contra de eliminar el desvalor del resultado como elemento de necesaria concurrencia en lo injusto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 441-3 con notas; CARLOS-MARÍA ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)* (Bosch), Barcelona, 1981, pp. 211-2 y 225-8.

(18) Incluso cuando éste se entienda ajeno a lo injusto, y se le otorgue, o no, relevancia —por ejemplo como elemento selectivo, o como condición objetiva de punibilidad.

configuración de la acción se obtiene de su orientación a un resultado (19): quien con voluntad homicida sólo alcanza a causarle unas lesiones graves a la víctima, realiza una acción distinta de la de quien produciría las mismas lesiones siendo ése su objetivo (20); en los delitos culposos la norma de cuidado se configura por la capacidad del comportamiento que no la observe para producir determinados lesiones a determinados bienes jurídicos (fin de protección de la norma). La vulneración de la norma por más que en su formulación haya considerado un bien jurídico —constituyendo el sustrato valorativo positivo—, significa la infracción de un mandato o de una prohibición *por un comportamiento humano* (21) —sustrato valorativo negativo (22), objeto del juicio de antijuridicidad—. Y para decidir de qué acción se trata —por ejemplo de matar o de lesionar—, el resultado como aparición de la lesión o el peligro para el bien jurídico no sirve para aclarar qué norma ha sido vulnerada (23).

5. Con este planteamiento, la pregunta inmediata, y decisiva, es la de ¿cómo se entiende vulnerada la norma de determinación?, o tomando ya la referencia de la acción: ¿qué características de ésta la hacen jurídicamente disvaliosa? La respuesta se obtiene al explicar el contenido posible del desvalor de la acción. El juicio de antijuridicidad tiene sentido en la medida en que el comportamiento considerado constituya una manifestación de voluntad del sujeto (24); y dicho comportamiento es ilícito en cuanto contraviene la norma de determinación implícita en la ley. Sin embargo estas ideas no son más que el resumen de evaluaciones más detalladas que, sobre todo la doctrina, se ha encargado de estructurar.

6. Cuando se habla del tipo doloso o del tipo imprudente, no estamos haciendo más que formalizar la previa caracterización de una acción como dolosa o como imprudente; por tanto carece de sentido discutir la corrección de integrar dolo e infracción del cuidado objetivamente debido en el conjunto del desvalor de la acción: son

(19) Cfr. RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 61.

(20) De admitir la equivalencia de resultados, es en el análisis de la acción —ordenada a un resultado— donde obtenemos los rasgos que permiten diferenciar entre una tentativa acabada de un delito consumado.

(21) Por todos KAUFMANN, ob. cit. en n. 15, *ibidem*. Esta idea, aunque generadora de un concepto solamente formal de ilícito, ya estaba presente en la idea de Derecho de THON, v. ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 6-7 y 12-3.

(22) V. por ejemplo, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos calificados por el resultado y causalidad* (reimpr. Centro de Estudios Ramón Areces), Madrid, 1990, pp. 107-8; LUIS GRACIA MARTÍN, *Proyecto docente y de investigación en Derecho Penal*, 1990, pp. 80-101. Como primera referencia KAUFMANN, ob. cit. en n. 15, *ibidem* y pp. 90-7.

(23) Tampoco en los delitos culposos: un resultado de lesiones o un resultado de daños puede ser producto de la infracción de la misma norma, que vendría a exigir una conducción diligente.

(24) Así MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, p. 665.

calificativos de una acción, que resulta disvaliosa precisamente por vestir esas características.

En el desvalor de la acción *de los delitos dolosos* (25) se estima el modo y la forma en la que se lleva a cabo la acción (26); su grado de realización (27); la efectiva concurrencia del dolo y en su caso la de los restantes elementos subjetivos de lo injusto; y si se trata de delitos especiales, la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor. El dolo supone la manifestación de la voluntad de lesionar un bien jurídico a través de un determinado comportamiento (integrada en el elemento volitivo, como voluntad de alcanzar el resultado típico mediante la realización de la conducta típica) (28). Pero además la conducta debe objetivamente dirigirse a la lesión del bien jurídico (como factor del que depende la concurrencia del elemento intelectual del dolo) (29); si no es así, entonces real-

(25) Sobre la identificación de los diferentes factores que aquí se integrarán en el desvalor de la acción de los delitos dolosos, v. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 393; WELZEL, ob. cit. en n. 2, pp. 91-2; JESCHECK, ob. cit. en n. 1, pp. 216-8; RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 65; GÜNTHER STRATENWERTH, «Handlungsund Erfolgswert im Strmfrecht», en *ZStrR*, 1963, p. 236.

(26) De ahí que puedan apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que supongan un mayor o menor desvalor de la acción, y por tanto mayor o menor injusto; v. JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II (Teoría jurídica del delito/2)* (Tecnos), Madrid, 1990, pp. 103-7.

(27) Este factor permite establecer un menor injusto en la tentativa que en la frustración, y en ésta que en el delito consumado. V. así cómo MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, p. 370, obtiene un fundamento objetivo-subjetivo para la menor punibilidad de la tentativa frente a la frustración: la realización parcial de la ejecución en la tentativa no prueba *todavía* que el autor hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución.

(28) El elemento volitivo del dolo falta, por ejemplo, en los denominados supuestos de tentativa irreal, pues aunque existe voluntad de producción del resultado no existe la voluntad de realizar la conducta típica: quien reza para conseguir la muerte de su enemigo, se representa y desea el resultado típico, pero no por un comportamiento típico pues con sus rezos no estaría matando; distinto sería si quisiera alcanzar el resultado disparándole. Sin embargo, el elemento volitivo concurre en la acción que genera un riesgo por más que su mínima entidad no dé lugar a su desaprobación jurídica: quien con la esperanza de acabar con la vida de otro le envía al bosque en un día de tormenta o le insta a que realice frecuentes viajes en aviones no muy seguros, crea una situación que, caso de producirse el resultado, no puede serle negada su contribución; y de ahí la diferencia de la tentativa irreal pues, volviendo al ejemplo, los rezos en nada contribuyen a hacer posible la muerte del enemigo; v. *infra* n. 12; cfr., no obstante, CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 356.

(29) La concurrencia de este elemento resulta relevante cuando se dé el elemento volitivo, de modo que no se apreciaría ni tentativa «cuando el autor, a pesar de ejecutar acciones *objetivamente adecuadas al resultado*, no acoja en su voluntad el evento típico» (MAURACH, ob. cit. en n. 16, p. 172; la cursiva ha sido añadida). Cfr. *infra* n. 12. V. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* (2.^a ed. Tirant Lo Blanch), Valencia, 1989, p. 61.

mente no existe conciencia de las circunstancias que objetivamente concurren en el momento de iniciar la acción: existe sólo creencia —por lo demás, equivocada—, a pesar de que el autor haya evidenciado con su comportamiento su voluntad delictiva (30). Se distingue así entre el comportamiento de quien quiere producir el resultado a través de una conducta típica, pero en la situación concreta aparece su acción objetivamente inidónea —que podría dar lugar a una tentativa imposible—, del de quien incluso conociendo perfectamente la situación su acción en modo alguno encajaría en el tipo —tentativa irreal.

Pues bien, precisamente de constatar objetivamente que la conducta del autor se dirige a la lesión del bien jurídico, se ocupa el juicio de peligrosidad: presente el elemento volitivo, la decisión de si la conducta es jurídico-penalmente disvaliosa depende, o debería depender (31), de que fuese peligrosa.

No cabe duda de que la idea de peligrosidad se obtiene del juicio que recae sobre la acción y vista así es requisito básico de su desvalor (32). Si no se aprecia la peligrosidad de la conducta no concurre el elemento intelectual del dolo; no basta con reconocer la voluntad de lesión típica en el sujeto para castigar su comportamiento; debe exigirse además, que su actuación aparezca como peligrosa para los bienes jurídicos protegidos (33). Y si no hay dolo la conducta no es jurídico-penalmente disvaliosa (en el ámbito de los delitos dolosos).

El desvalor de la acción *en los delitos culposos* supone la inobservancia del cuidado objetivamente debido (34): «el Derecho exige para realizar las diversas acciones de la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social» (35). Este deber de cuidado es un deber objetivo (36) que debe ser determinado «con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario

(30) Cfr. WOLFGANG FRISCH, *Vorsatz und Risiko* (Carl Heymanns) Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, pp. 196-8 y 310-2.

(31) Cfr. *infra*. núms. 7 y 8.

(32) V. MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado* (Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Edersa), Madrid, 1992, p. 54.

(33) Así, explícitamente, RUDOLPHI, *ob. cit.* en n. 1, p. 62. Cfr., no obstante, WOLFGANG FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (C. F. Müller) Heidelberg 1988, pp. 40-3.

(34) Así CEREZO MIR, *ob. cit.* en n. 2, p. 401; JESCHECK, *ob. cit.* en n. 1, p. 510-1.

(35) CEREZO MIR, *ob. cit.* en n. 2, p. 415 y v. también su nota 71.

(36) CEREZO MIR, *ob. cit.* en n. 2, p. 416.

para evitar las lesiones de los bienes jurídicos» (37). Un principio tal, limitativo de la responsabilidad penal, está presente ya en la tendencia objetivadora del deber de cuidado en los delitos imprudentes, por el cual no puede desconocerse el carácter peligroso o no del comportamiento. En este campo peligrosidad y previsibilidad del resultado van unidas (38). Y, en definitiva, el deber de cuidado teniendo siempre como objetivo la salvaguardia de los bienes jurídicos deberá ser elaborado considerando, nuevamente, el factor peligrosidad de la conducta para la producción del resultado (39); factor este determinante (de la infracción) del deber de cuidado en modo que, prescindir de él, supondría desvirtuar la vinculación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos, con las negativas implicaciones en relación con el principio de intervención mínima que a continuación revisamos desde esta perspectiva.

III. LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

7. El rechazo de la peligrosidad de la conducta como elemento de necesaria concurrencia en la construcción del tipo de lo injusto, doloso o culposo, propiciaría la extralimitación de la legitimidad del Estado en el castigo de comportamientos. A pesar de que este aspecto ha sido frecuentemente asumido, quizás ha sido insuficientemente destacado. Su importancia para conformar el juicio de antijuridicidad, y resumiendo la argumentación hasta aquí seguida, queda plasmada en la siguiente idea de Mir Puig: «aunque la norma deba dirigirse a la mente del sujeto y sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización» (40). El principio de intervención mínima así

(37) CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 421 con n. 103.

(38) CEREZO MIR, *ibidem*.

(39) De ese modo también se consigue la relación con el resultado el desvalor de la acción radica en la infracción del objetivo deber de cuidado, y éste a su vez se configura a partir de las acciones que previsiblemente pueden acarrear el resultado que pretende ser evitado; de ahí que para que el resultado sea «imputado» deba ser de los que la norma de cuidado infringida quería evitar. V. al respecto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 421-2 y 435-40.

(40) Ob. cit. en segundo lugar en n. 1, p. 671. V. también HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en BERND SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ) (Tecnos), Madrid, 1991, p. 83. Claramente la formulación de MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit. en n. 32, p. 54: «la peligrosidad como característica de la acción,

lo exigiría, y de ese modo se llega al carácter fragmentario del Derecho Penal, por el que se debe evitar sancionar todas las conductas tendentes a la lesión de bienes jurídico-penales, limitándose sólo a las más peligrosas (41); con más razón deben dejar de castigarse conductas que no son ni peligrosas, que no alcanzan el mínimo de gravedad exigible para que sean sancionadas con pena. Otro tanto puede aducirse de la peligrosidad como contrapeso de la legitimidad del legislador para establecer delitos de peligro abstracto.

8. Mas con ello no se quiere validar la ampliación consistente en que toda conducta peligrosa deba ser tipificada; en ese sentido son considerables los esfuerzos —principio de insignificancia, criterio de adecuación social, riesgo permitido, etc.— para eludir una injustificada hipertrofia del Derecho Penal a la que conduciría una ampliación tal. Además, la composición con correctivos subjetivos también limita el alcance de lo punible: con la peligrosidad de la conducta debe ser considerada la finalidad (42). Para ser calificada de antijurídica la conducta peligrosa, debe ser manifestación de la voluntad del sujeto. De no ser así se castigarían comportamientos que mostrándose peligrosos no representan la voluntad infractora de su autor (fundamento de la contravención, que en los delitos culposos se refiere a la norma de cuidado). Y tampoco significa que, por objetiva, la medida de la peligrosidad deba ignorar los especiales conocimientos del autor.

9. Se es consciente que en este punto aún no se ha hecho más que acercarse al problema. El fondo de éste consiste en concretar los criterios que deben informar el juicio de peligrosidad. Afrontar ello excede de los objetivos propuestos para esta ocasión. No obstante creo que pueden apuntarse como principios configuradores de una solución satisfactoria los siguientes:

1.º El juicio de peligrosidad deberá atender en todo momento al principio de protección de bienes jurídicos.

2.º Al consistir en un compuesto de criterios de valoración referidos a la acción, puede ser elaborado con independencia relativa de cómo se construyan los correspondientes a la valoración del resultado. Así, mientras que para la acción debe adoptarse la perspectiva *ex ante*, la entidad del resultado y la posible agrava-

como un elemento reconocible y enjuiciable *ex ante*, constituye un *requisito básico del desvalor de la acción*, y ello, tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos y cuya exigencia se deriva (...) de la comprensión de las normas penales como normas de determinación».

(41) MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, p. 99. V. también MANFRED MAIWALD, «Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts», en *Festschrift für Reinhart Maurach* (C.F. Müller), Karlsruhe, 1972, pp. 22-3; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal* (Bosch) 1975, pp. 59 y 72.

(42) MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 665-6.

ción de lo injusto a la que podría dar lugar, puede ser calibrada *ex post* (43).

3.º La causalidad debe tener un fundamento naturalista. Por eso debe basarse en un factor de probabilidad cuyo incremento por la acción sea mayor que cero ($\Delta p > 0$) (44). Sobre ello debe, posteriormente, proyectarse la valoración jurídica.

4.º La acción es susceptible de ser jurídico-penalmente valorada sólo en la medida que sea orientada por la voluntad (sentido finalista de la acción).

5.º Los parámetros de valoración objetiva deben referirse al conocimiento ontológico (todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por el juez, más las conocidas por el autor), y al conocimiento nomológico (experiencia común de la época sobre los cursos causales) (45).

IV. LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA COMO CRITERIO LIMITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. SU UBICACIÓN EN EL SISTEMA

10. Con el objeto de limitar la responsabilidad penal atendiendo a las características de la acción, y muy especialmente por lo que se refiere a los delitos culposos viene desempeñando un lucido papel la idea de imputación. A través de la denominada «moderna teoría de la imputación objetiva» se consigue resolver de forma sencilla y casi inmediata la cuestión de la punibilidad o impunidad de una serie de supuestos con aspectos imbricados en los diferentes elementos conceptuales del delito. Básicamente parte de la pregunta de si el resultado puede ser atribuido (imputado) al autor como «su obra» (46), y viene a destacar que ni basta la existencia de causalidad, ni tampoco la sola voluntad de causación del resultado para que

(43) Sobre ello v. MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 671-3. Pero sobre todo, del mismo autor, «La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal», en *ADPCP*, 1983, pp. 10-3; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 153 y 214-20; cfr. URS KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat* (Vittorio Klostermann), Frankfurt am Main, 1989, pp. 60-1.

(44) El deber de cuidado, cuya infracción podría generar la responsabilidad por imprudencia, representa la posible lesión del bien jurídico por la conducta que no se realice conforme a aquél.

(45) CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 353-4. También, acerca del criterio objetivo v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en *Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos I: Presupuestos para la Reforma Penal*, Universidad de La Laguna 1992, p. 130.

(46) GEORG KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik* (Duncker & Humblot), Berlin, 1990, p. 83; JOHANNES WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat und ihr Aufbau)* (21.ª ed. actualizada. C.F. Müller), Heidelberg 1991, p. 53; ROXIN, ob. cit. en n. 1, p. 187 (10/54); HONIG, ob. cit. en n. 15, p. 179 con n. 2.

éste sea imputado (47). Así irrumpe en la teoría del delito como intento de superar las consecuencias inaceptables a las que conduciría afirmar en todo caso la responsabilidad penal de quien causalmente contribuye a que se produzca; que causalidad e imputación objetiva tienen distinto campo operativo se deduce de la posibilidad de imputar resultados a comportamientos no causales (así, los delitos improprios de omisión) (48); y de que pueda negarse la imputación objetiva y con ella la responsabilidad penal, incluso cuando se afirma la relación de causalidad: se «recorta el alcance de la causalidad» (así, en los delitos de acción culposos, cuando el resultado no es de los que la norma infringida quería evitar) (49). Con la nomenclatura imputación objetiva se reúnen «toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad (50), que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla —desde la causalidad hacia la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, infracción del deber de cuidado, resultado típico): permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también —lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle— la imputación objetiva. (...) Un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes* en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)» (51). Ciertamente una «Su-

(47) Así MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 665-6. Valiéndose del ejemplo de la tormenta y sintetizando el pensamiento de Larenz, ELENA LARRAURI PUJUAN, «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», en *ADPCP*, 1988, p. 734, plantea en esa forma la cuestión: desde el punto de vista causal puede ser evidente que el comportamiento del autor es causa de la muerte del otro, pero lo que se trata de resolver es si se le puede imputar el hecho como propio. Por otro lado, cuando se da la relación de causalidad, y a ésta antecede la peligrosidad, puede resultar jurídicamente insuficiente si no hay voluntad de producción del resultado ni supone la infracción de una objetiva norma de cuidado, y así falta el desvalor de la acción: tomemos el ejemplo del contratista que envía a los operarios a la construcción de un túnel, cuando estadísticamente es predecible la muerte de alguno de ellos, y como efectivamente sucede.

(48) Cfr. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 344-5 n. 9.

(49) V. sobre todo ello JESCHECK, ob. cit. en n. 1, pp. 249-50 y 255-9.

(50) Se pretende con este principio vincular la idea de imputación objetiva a la tipicidad como criterio limitativo de ésta.

(51) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed. Tecnos) Madrid 1990, p. 212.

percategoría» (52), que relativiza incontinentemente el concepto de delito.

11. Así, no es de extrañar que su aceptación por la doctrina en la teoría del delito siga siendo fraccionaria, y sobre todo, se discuta su significado en cuanto al criterio o criterios (de imputación objetiva) en que debe materializarse (53). Prácticamente su intromisión en el sistema hipoteca los objetivos de generalidad: de una parte debería ser replanteada la uniformidad que viene proporcionando como presupuesto la causalidad (54); de otra, parece obligado acudir a una diversidad de criterios de imputación objetiva para obtener el tratamiento razonable de grupos de problemas (55); y en última instancia la discusión acerca de su ubicación y engarce en el sistema demanda ciertas cautelas en su recepción (56).

12. No obstante, concebida la imputación objetiva como criterio limitativo de la responsabilidad, si anticipamos que la falta de conexión objetiva en el plano jurídico entre acción y resultado se traduce en la falta de desvalor de la conducta, su integración en la antijuridicidad puede quedar justificada. Para ello está llamada a jugar un papel decisivo la idea de peligrosidad. Con la construcción aquí seguida al menos hemos determinado qué emplazamiento ha de tener la discusión: en la elaboración de los criterios que deben conformar el juicio de peligrosidad. Todo criterio de imputación, por más que parta de la producción de un resultado jurídico-penalmente relevante, debe sintonizar con el principio de contravención de las normas (57); sólo cuando ese resultado se corresponda con un comportamiento que infrinja la norma puede indagarse la responsabilidad penal del autor y, por lo aquí dicho no compete a las normas jurídico-penales prohibir u ordenar comportamientos que objetivamente no sean peligrosos.

Sometida tal conclusión a crítica intrasistemática, el primer escollo que podría encontrarse surge de la, en principio razonable, inducción de la legitimidad de la defensa frente a conductas aparentemente peligrosas. Tomemos el siguiente ejemplo: en una acalorada

(52) KÜPPER, ob. cit. en n. 46, p. 116 con n. 216 siguiendo a FRISCH.

(53) V. LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, p. 715; ampliamente v. los importantes trabajos de CORCOY BIDASOLO, ob. cit. en n. 17, y de MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit. en n. 32.

(54) Así LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, pp. 768-9.

(55) LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, p. 769; MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit. en n. 47, p. XXIV; ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, 1986, p. 47.

(56) Sobre ello v. LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, sobre todo p. 770.

(57) V. CLAUS ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el Derecho Penal en Problemas básicos del Derecho Penal (traducción de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA)* (Reus) Madrid 1976, p. 130.

discusión entre los vecinos A y V en presencia de la esposa de éste último, A, ofuscado, amenaza con matar a V si en breve plazo no retira la cerca con la que ha invadido su jardín. Pasado el tiempo sin que nada de ello ocurriera, y casi olvidado el asunto, cuando A prueba la mira telescópica de su arma de caza, descargada, dirigiéndola por un instante adonde se encuentra el vecino, es visto por la esposa de V, y en la creencia de que va a cumplir sus amenazas le lanza una piedra ocasionándole lesiones.

Ciertamente el comportamiento de A revestiría peligrosidad si se atiende sólo a las circunstancias externas y desde ahí se promueve la antijuridicidad de su comportamiento —aparentemente peligroso—. Pero de nuevo surge aquí la tensión entre lo objetivo y lo subjetivo del juicio de peligro: desconociendo el observador todas las condiciones del comportamiento de A —el arma está descargada—, y finalmente, que no tiene ninguna intención de atentar contra la vida de V, la acción defensiva contra A ¿debe quedar justificada? Han de ser advertidos los siguientes aspectos del problema: en las condiciones en las que debería realizarse el juicio de peligro (58), el desconocimiento inevitable de aquello que sólo el autor conoce hace creer al observador en la existencia del peligro. Prescindiendo de la observación simultánea de la acción de A, a nadie se le ocurriría *ex post* considerar su comportamiento merecedor de sanción (59). Sin embargo, ¿debe correr con los riesgos de una acción aparentemente peligrosa y, por tanto, debe quedar justificada la acción defensiva? Recientemente MUÑOZ CONDE (60) ha planteado de forma clara la relevante distinción entre «creencia racional y fundada» y «creencia puramente personal»; desde ahí deja expedito el camino para fundamentar una respuesta afirmativa a esa última cuestión: en relación con la acción defensiva, en el análisis de lo que es *creencia racional y fundada* «comparamos la acción realizada y los standards objetivos de conducta, y no hay ninguna razón para no valorar como antijurídica la conducta que esté por debajo del standard de una persona razonable. (...) Estamos, incluso cuando la agresión inexistente pero racional, razonable y objetivamente puede presumirse su existencia, ante un riesgo jurídicamente permitido y, por tanto, en una conducta conforme a derecho que no engendra responsabilidad penal o civil para el que se defiende o para terceros que le ayuden a hacerlo». Queda por resolver, no obstante, el juicio sobre el comportamiento aparentemente peligroso, ya que si puede fundamentarse la justificación de una acción defensiva frente al mismo ¿no debería tener como

(58) V. *supra* n. 9.

(59) La necesidad de considerar la voluntad y el conocimiento del autor opera como correctivo de la perspectiva *ex ante* y en su caso, determina la existencia de tentativa. En el supuesto planteado permite decidir que A no ha intentado atentar contra V.

(60) MUÑOZ CONDE, ob. cit. en n. 45, pp. 127-35 especialmente p. 134.

presupuesto su valoración negativa? La dificultad radica en el mantenimiento en el juicio de peligrosidad los elementos voluntad del autor y las circunstancias sólo por éste conocidas. Si se prescinde de estos datos se abre la puerta a un enunciado inaceptable: todas las conductas *aparentemente* peligrosas son antijurídicas. La vía de solución pasa por identificar una norma de cuidado por la que deben evitarse conductas cuya apariencia razonablemente motivase una acción defensiva (61). Así, en definitiva, y volviendo al ejemplo, A voluntariamente contraviene la norma de cuidado y puede volverse a hablar de un desvalor de la acción paralelo a lo que en su momento se dijo respecto a los delitos culposos.

En segundo lugar, podría discutirse la capacidad de un concepto tal de peligrosidad para diferenciar el tratamiento de supuestos que, no por casualidad, han ilustrado la discusión sobre la necesidad de criterios de imputación objetiva. ¿Cómo podríamos llegar a las mismas soluciones, castigar y dejar impune respectivamente, que la imputación objetiva ofrece para los conocidos casos de Thyren (62), y el de la tormenta (63), siendo el resultado producido el pretendido, y habiendo fundamentado la peligrosidad en la posibilidad mayor que cero de que se produzca? Bastará aquí con justificar la impunidad del segundo caso. Inicialmente debe hacerse notar que no se trata de darle vueltas a algo tan palmario como que nadie puede matar con el rayo de una tormenta; la formulación correcta es la de que se coloca a alguien en una situación que propicia (hace posible cuando antes objetivamente no lo era —en el sentido del incremento del riesgo—) la producción del resultado pretendido (64). Por otra parte véase que el recurso a la imputación objetiva obvia algunas fases del juicio de antijuridicidad que, para decidir la impunidad de la conducta, cuando menos deben ser recordadas; sobre ello ha sabido llamar la atención STRUENSEE (65), al llevar a cabo la revisión de

(61) Y es que las obras trascienden a su autor; así lo advertía en su conocida frase Rimbaud respecto a la valoración de las propias ideas: «es falso decir: yo pienso. Se debería decir: me piensan».

(62) «A, completamente inexperto en el manejo de las armas, dispara contra B, con dolo de matar, desde tal distancia que incluso a un tirador excelente le sería difícilísimo acertar; no obstante, la bala de A alcanza a B matándole»; ejemplo construido por THYRÉN, *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, p. 126, que tomo de GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit. en n. 22, p. 39 con n. 104.

(63) A, en un día de tormenta manda a V al bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, como efectivamente sucede.

(64) Compárese con el ejemplo del sargento A que, queriendo acabar con la vida del soldado V, le ordena que acuda a un determinado barracón a retirar unos enseres, justo a la hora en la que con conocimiento de A, iba a ser blanco de unas prácticas de bombardeo. Tampoco A mata con las bombas que hicieron blanco en el barracón.

(65) EBERHARD STRUENSEE, «Dolo de causar y causalidad putativa» (traducción de JOSÉ-LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO) en *ADPCP*, 1990, p. 940.

en qué forma deben asociarse relación de causalidad y dolo en lo injusto: tomando el ejemplo de la tormenta (66), advierte cómo la impunidad justificada a satisfacción de la doctrina dominante con la negación de la imputación objetiva del resultado, no es suficiente para negar la tentativa de homicidio; según este autor, es necesario para descartar la tentativa que la configuración del curso causal imaginado sea irrelevante (67). Esto es, que la respuesta decisiva corresponde a la pregunta de si la acción es disvaliosa o no. Para ello no basta con negar la imputación objetiva del resultado: primero, porque si se decide que en las formas dolosas el desvalor de la acción puede constituir por sí solo lo injusto sin necesitar de la concurrencia del desvalor del resultado, no puede mantenerse ahora que el desvalor de aquélla desaparece cuando éste no sea objetivamente imputable; y segundo, consecuencia además de lo anterior, porque por más que hayamos aceptado que el resultado no es imputable, queda por resolver si se da o no el desvalor de la acción de la tentativa (68) (piénsese en los supuestos de anticipación del resultado por irrupción de un curso causal independiente). De ahí que algún sector de la doctrina, y sobre el mismo supuesto, se apresure a negar la realización del tipo del homicidio atribuyendo al autor la convicción de que la producción del resultado queda fuera de su posibilidad de influencia (69), que en definitiva lo que supone es la negación de la causalidad (70). Pero la empresa de averiguar el dato que niegue la causalidad puede resultar irrealizable. Las dificultades que se vienen manifestando en el ámbito de los delitos dolosos para implantar la imputación objetiva puede tener que ver con su origen como criterio limitativo para atribuir resultados imprudentemente ocasionados (71). Los requisitos de una determinada relación de riesgo (72), o de que la acción haya creado un peligro jurídicamente desaprobado que se

(66) Ya utilizado por TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 8 tomado de HONIG, ob. cit. en n. 15, p. 186.

(67) STRUENSEE, ob. cit. en n. 65, p. 940.

(68) V. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, «Aberratio ictus e imputación objetiva», en *ADPCP*, 1984, pp. 368-9, para quien la no concurrencia de la relación de imputación objetiva no impide que se dé lo injusto, aunque no quepa el castigo por el delito consumado.

(69) Cfr. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 385; ROXIN, ob. cit. en n. 1, p. 230 (11/36); WELZEL, ob. cit. en n. 2, p. 97.

(70) Lo que para algún autor no impide que excepcionalmente pueda darse la imputación objetiva; cfr. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 250.

(71) V. ARMIN KAUFMANN, «"Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck* (Duncker & Humblot) Berlin, 1985, p. 258.

(72) MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, p. 229; GÜNTER STRATENWERTH, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung», en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag* (Walter de Gruyter), Berlin/New York, 1973, pp. 227 y 236-9; WOLTER, ob. cit. en n. 4, p. 108.

ha realizado en el resultado típico (73), o que suponga la creación de un peligro por transgredir el riesgo permitido (74), o que pueda controlarse el curso causal (75), dan lugar a soluciones satisfactorias mientras podamos contar con la lesión del bien jurídico —que falta en la tentativa— y pueda añadirse la relación de causalidad. Pero sin la lesión aparecen esas dificultades para negar, o afirmar, lo injusto de la tentativa. La pregunta sigue siendo ¿cómo se decide el desvalor de la acción? Volviendo al ejemplo: si el sujeto no es alcanzado por el rayo ¿puede negarse que se ha intentado matarlo? El lugar donde debe ser obtenida la solución puede ser objeto de una ulterior aco-tación; al comparar el mismo supuesto con los de tentativa irreal —tomando como ejemplos el de la joven inexperta que cree poder producirse un aborto con baños de agua jabonosa, o el del campesino que acude a diario a la iglesia para pedir la muerte de su vecino convencido de que sus plegarias obtendrán respuesta— podemos hacer las siguientes consideraciones: mientras que en el caso de la tormenta objetivamente podemos decir que la probabilidad de que el resultado se produzca, aunque sea ínfimamente, se incrementa ($\Delta p > 0$), en los de tentativa irreal, objetivamente en nada se ha incrementado el riesgo ($\Delta p = 0$). Admitiendo entonces un incremento en la probabilidad natural de producción del resultado en el ejemplo de la tormenta, resultará difícil cuantitativamente distinguirlo del caso THYRÉN. Sin embargo, lo que *matemáticamente*, en un cálculo si se quiere infinitesimal, puede probar un incremento probabilístico, puede que no resulte *jurídico-penalmente* relevante —en ello se fundamenta también la idea correctora del riesgo permitido—. De ese modo, puede concluirse que jurídicamente la configuración del curso causal imaginado resulta irrelevante (76). Y en última instancia, no habría desvalor de la acción.

13. Esa puede ser también la conclusión en los delitos culposos. Que la responsabilidad de un resultado lesivo por imprudencia quede supeditada al fin de protección de la norma de cuidado (77), es en definitiva resultado de vincular la norma a una concreta forma de protección de determinados bienes jurídicos, y aunque causalmente

(73) JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 257-8.

(74) ROXÍN, ob. cit. en n. 1, p. 248 (11/85).

(75) V. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 258.

(76) STRUENSEE, ob. cit. en n. 65, p. 940 con n. 32, participando de la idea de JAKOBS en los siguientes términos: «el dolo debe extenderse a un curso causal objetivamente imputable».

(77) Así CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 438-9, utilizando el ejemplo de quien conduciendo descuidadamente atropella a un suicida que se tira a las ruedas del coche en modo que ni conduciendo cuidadosamente hubiera sido posible esquivarlo, y que infringe con su comportamiento, ciertamente, una norma de cuidado, y sin embargo no puede asociársele el resultado de muerte del suicida (no es de los resultados que harían relevante la infracción de la norma de cuidado).

puedan asociarse acción y resultado, sólo cuando jurídico-penalmente esa relación sea relevante alcanza el necesario grado el desvalor de la acción (congruencia entre desvalor de la acción y desvalor del resultado).

V. CONSIDERACIONES FINALES

14. Dependiendo de los condicionantes del juicio de peligrosidad, si son aceptados los referidos, se abre camino a la impunidad de la tentativa no peligrosa (78). A su vez, se impone alguna limitación del alcance de las causas de justificación; así, no cabe legítima defensa frente a la tentativa inidónea (no peligrosa) (79).

15. La elaboración de criterios restrictivos de la punibilidad se asientan, en definitiva, en la idea de peligrosidad jurídico-penalmente relevante, que condiciona el desvalor de la acción. Y si bien los factores que informan el juicio de peligrosidad, en particular la adopción de la perspectiva *ex ante* y la suficiencia del mínimo incremento de la probabilidad de producción del resultado, llevan a una importante ampliación del concepto, corresponde al filtro normativo reducir los posibles excesos. Adecuación social (80), riesgo permitido, fin de protección de la norma, etc., son formas de ratificar la idea troncal: no deben castigarse conductas no peligrosas, pero no toda conducta peligrosa debe ser castigada. El juicio de valor no es ni más ni menos que la abstracción de un fenómeno empíricamente contrastado que, vinculado a éste, debe proyectar el sentido de lo soportable y de lo intolerable para la convivencia (81).

16. Los problemas destacados por la moderna teoría de la imputación objetiva quizás prueban que el impulso del finalismo ha resultado insuficiente para asumir un estudio circunscrito a la acción, al margen de la idea de resultado (82). De ello ha tenido también culpa que se adoptara como método de análisis la subjetiva rebeldía del autor frente a las normas. Esa excesiva internalización y subje-

(78) Conectando con la referencia a las normas: la infracción de la norma debe ser objetivamente considerada; un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos que asuma el principio de intervención mínima no debe darse por satisfecho para someter a pena un comportamiento con la creencia del autor de que su comportamiento infringe la norma. v. MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, p. 670.

(79) CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 436; ROXIN, ob. cit. en n. 1, pp. 409 (15/1) y 412 (15/9).

(80) Cfr. RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 63.

(81) V. BERND SCHÜNEMANN, «Prólogo a la edición española», en BERND SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales (introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ)* (Tecnos), Madrid, 1991, p. 23.

(82) Cfr., sin embargo, KÜPPER, ob. cit. en n. 46, p. 115.

tivismo tampoco justifica un extremo posicionamiento en lo objetivo (83). Y que lo decisivo sea el desvalor de la acción no debe obstaculizar la introducción en el mismo de la objetiva potencialidad de lesión de bienes jurídicos, que tiene bastante que ver con la categoría nada nueva de «peligrosidad de la conducta» (84).

(83) La valoración puramente objetiva de un comportamiento lleva a la impunidad de las conductas aparentemente no peligrosas. Sin embargo, al considerar en el juicio de peligro los particulares conocimientos del autor, puede ser contrario a la norma lo que aparentemente no lo es. Otra cosa es que incluso con esos datos, la conducta se manifieste no peligrosa, restando el solo desvalor de la intención: «el hecho realizado es una conducta correcta —por mucho que se realice con la peor de las intenciones—». V. GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit. en n. 51, p. 216. El problema surge si se invierte la situación de legítima defensa putativa: el sujeto ignora que concurren los elementos objetivos de la causa de justificación cuando resuelve atentar contra un bien jurídico. La conducta de quien aparentemente se defiende sigue siendo peligrosa. Pero lo aparente no es la capacidad lesiva de su comportamiento, sino la voluntad que entraña. El observador puede racionalmente creer que se trata de una acción defensiva, como sucedía en la legítima defensa putativa, pero obsérvese que, mientras que en ésta concurre junto al tipo objetivo (construido con base en la apariencia razonable y fundada) el tipo subjetivo de la causa de justificación, éste falta en la acción aparentemente defensiva. No creo que el resultado típico deje de ser objetivamente imputable porque el comportamiento externo sea objetivamente (aparentemente) correcto y por ello deba quedar impune; v. al respecto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 455-60; cfr., sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, *ibidem*.

(84) V. MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 665-71.