

EL CONCEPTO DE INTENCIÓN EN LOS DELITOS DE RESULTADO CORTADO.

Especial consideración del elemento volitivo de la intención.

ALICIA GIL GIL.

Dra. en Derecho

Profesora titular interina de E. U. del Departamento de Derecho penal
de la U.N.E.D.

I. Introducción

El presente trabajo pretende analizar la cuestión relativa al grado de intensidad requerido por el elemento volitivo de la intención¹ en los delitos de resultado cortado, incluyendo en esta categoría los delitos mutilados de varios actos. Es decir, se pretende dilucidar si la intención trascendente al tipo objetivo en estos delitos ha de alcanzar la intensidad volitiva de un dolo directo de primer grado o bastaría una intención equiparable al dolo directo de segundo grado o incluso al dolo eventual. De la respuesta que demos a este interrogante depende la limitación del tipo a los casos en los que el resultado fuera del tipo objetivo al que se dirige la intención es precisamente la meta perseguida por el autor al realizar los actos subsumibles en el tipo objetivo (voluntad directa de primer grado²) o, por el contrario, la inclusión en el mismo

¹ Parto para el análisis de esta cuestión de la opinión de mi maestro José CEREZO MIR, de que nuestro Código penal utiliza el término intención en principio en un sentido amplio, como equivalente a voluntariedad, y que puede abarcar todas las clases de dolo. Véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 153.

² Utilizo la expresión voluntad directa (o en ocasiones también la de intención directa) para referirme a lo que en un delito de resultado material representativo de la lesión del bien jurídico, es decir, en el modelo prototípico de delito de resultado —aquél cuya consumación no se anticipa sino que coincide y representa la lesión del

de aquellos supuestos en los que el autor no persigue directamente tal resultado pero el mismo aparece como consecuencia necesariamente unida a la consecución de otros fines perseguidos con la realización de las conductas subsumibles en el tipo objetivo (voluntad directa de segundo grado) o, por último, la inclusión de aquellos casos en que el autor prevé como no absolutamente improbable la consecución de aquél resultado como consecuencia secundaria de la realización de dichas conductas dirigidas primeramente a otros fines y cuenta con esa posibilidad (voluntad eventual)³.

Una vez hayamos tomado postura sobre esta cuestión relativa a la intención trascendente al tipo objetivo deberemos analizar si las conclusiones obtenidas nos obligan o no a excluir para estos delitos alguna de las clases de dolo (parte del tipo subjetivo congruente con el tipo objetivo).

II. El elemento subjetivo de lo injusto trascendente: Concepto de intención.

1. *Elementos subjetivos de lo injusto que señalan la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico frente a elementos subjetivos de lo injusto que concretan la forma de lesión típica.*

Para abordar correctamente el estudio de este tema me parece imprescindible delimitar antes brevemente qué clase de elemento subjetivo de lo injusto es el que nos ocupa, con el fin de que mis conclusiones respecto al mismo no sean mal interpretadas o mal entendidas.

bien jurídico, como por ej. el homicidio—, equivaldría al dolo directo. Si no aludo directamente al dolo es porque aquí nos estamos refiriendo al elemento trascendente que excede del tipo objetivo, por lo que no es propio hablar de dolo, si definimos éste como «conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo» —CEREZO MIR, *Curso II*, p. 123—. Con el cambio de terminología pretendo evitar la posible confusión con el elemento subjetivo congruente con el tipo objetivo, donde podremos hablar con propiedad de dolo. Por otra parte, la utilización del término voluntad no significa que desconozca el elemento intelectual de la intención, sino que aceptando, por supuesto, la existencia de dicho elemento, lo que en estos momentos nos ocupa es el elemento volitivo, pues va a ser el criterio que permita distinguir las clases de intenciones (que, en los delitos que analizamos, no son otra cosa que las clases de dolo pero aplicadas a un elemento subjetivo que trasciende a la parte objetiva del tipo).

³ Sobre los conceptos de dolo directo de primer grado, de segundo grado y dolo eventual aquí utilizados véase CEREZO MIR, *Curso...*, II, págs. 144 y ss.

Las clasificaciones de los elementos subjetivos de lo injusto elaboradas por la doctrina son muy diversas, pero normalmente fijan su atención más en el significado semántico del elemento que en su papel funcional en el tipo. Por poner sólo un ejemplo representativo, Cerezo Mir⁴ distingue los delitos de intención, en los que incluye delitos de resultado cortado y mutilados de dos actos, delitos de tendencia y delitos de expresión. En ocasiones es difícil discernir si un elemento subjetivo puede calificarse como fin, en el sentido de que se encuentra más allá del tipo objetivo, que se trata de una finalidad a cuya consecución se dirige la acción y que se alcanzará quizás en un momento posterior a la realización del tipo objetivo, o si por el contrario se trata de una tendencia que se sitúa detrás de la conducta objetiva, concretándola y dotándola de un significado más preciso. Ejemplos de elementos subjetivos de lo injusto de difícil encuadre según esta clasificación son el ánimo de lucro o el *animus iniurandi*. Sin embargo, en mi opinión, lo importante en una clasificación de los elementos subjetivos de lo injusto no es el dato de si se trata de fines o de tendencias, sino precisamente su efecto y el papel que juegan en el tipo.

En la difícil tarea de discernir los elementos subjetivos pertenecientes a lo injusto de aquellos otros que deben enmarcarse en el ámbito de la culpabilidad⁵, me inclino por la afirmación de que un elemento subjetivo de lo injusto puede cumplir dos funciones diferentes: o adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación⁶, o bien, restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se

⁴ CEREZO MIR, *Curso II*, pág. 122.

⁵ En opinión de CEREZO MIR, *Curso...*, II, pág. 158, pertenecen a lo injusto aquellos elementos subjetivos sin los cuales no se puede determinar la conducta prohibida por la norma, mientras que pertenecen a la culpabilidad aquellos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad. En opinión de JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, Berlin, 1996, págs. 318, 319, 472 y 473, los elementos subjetivos del tipo son componentes, al igual que el dolo, del injusto personal de acción, en tanto caracterizan más detalladamente la voluntad de acción del autor dirigida a la lesión del bien jurídico, en cuanto afectan a la forma de comisión del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico. Todas aquellas circunstancias que caracterizan con más precisión la formación de la voluntad del autor, en cuanto sitúan en una luz más o menos negativa su actitud interna, de la que nace la decisión del hecho son, sin embargo, en opinión de este autor, elementos de la culpabilidad. Para ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl., Beck, München, 1997, págs. 251 y ss., un elemento subjetivo pertenece a lo injusto cuando se refiere al bien jurídico protegido por el tipo, al objeto de la acción típica, a la forma o modo de su comisión o a una tendencia relevante para lo injusto, mientras que, si el elemento no guarda relación con el tipo del delito, sino que sólo describe motivos, sentimientos y actitudes independientes, se trata de un elemento de la culpabilidad.

⁶ Véanse HEGLER, A., «Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs», en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für*

quiere castigar⁷. Por ello, en una primera aproximación, me parece preferible adoptar una clasificación funcional que distinga entre tendencias internas trascendentes que definen la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico y elementos subjetivos que por el contrario concretan la conducta punible, de entre aquellas que serían subsumibles en el tipo objetivo. Con ello se evita, por una parte, hablar de intenciones o fines, lo que podría prejuzgar una dirección de la voluntad a un fin perseguido de manera directa, pues se trata precisamente de dilucidar si esta visión es adecuada. Por otra parte, con esta clasificación parece más clara y útil la inclusión de un elemento subjetivo en una u otra categoría con independencia de la redacción concreta que haya recibido. Así, por ej., el ánimo de lucro pertenecerá al segundo grupo, tanto si se entiende como fin como si se entiende como tendencia, y también el ánimo de injuriar, y a este grupo pertenecerán igualmente el ánimo lúbrico o la tendencia voluptuosa (delitos de tendencia) o la discordancia entre lo manifestado y lo sabido en los delitos de expresión.

Por lo tanto, según la clasificación que propongo, nos encontramos, en primer lugar, con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la producción de un resultado que identifica la lesión del bien jurídico o bien hacia la realización de una segunda acción cuyo resultado o cuya mera realización representará la lesión del bien jurídico. Ese resultado que supone la lesión del bien jurídico o la realización de esa segunda conducta cuyo resultado o mera actividad identificará la lesión del bien jurídico quedan fuera del tipo objetivo, no es preciso que se realicen, y por ello hablamos de tipos de consumación anticipada, ya que la consumación del delito (que es un concepto formal⁸) se adelanta a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico, que suele ser

Reinhard von Frank, Band I, Tübingen, 1930; STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 2. Auflage, Stämpfli, Bern, 1996, págs. 191 y 192; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr, Tübingen, 1984, pág. 91, marg. 50; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auf., De Gruyter, Berlin, 1993, pág. 176, marg. 93 y págs. 307 y ss., margs. 88 y ss., *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 205 y págs. 370 y ss.

⁷ Véase HEGLER, A., «Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente...» *ob. cit.* págs. 308 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 308 y ss., marg. 91 y ss.

⁸ Personalmente parto de una concepción formal de la consumación, es decir, referida a la realización típica, lo que nos permite hablar de tipos de consumación anticipada, y no necesariamente relacionada con la producción de un resultado material que además identifique al desvalor de resultado, es decir, a la efectiva lesión del bien jurídico. De este modo, además, la tentativa es la realización parcial del tipo. Véase en el mismo sentido, por ej. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 5. Auf., págs. 517, 524, y 530; VOGLER, Vor § 22, Leipziger Kommentar, marg. 57 y margs. 133 y ss. Podríamos

generalmente el momento elegido. Entre los delitos que se consuman sin que se haya producido la lesión del bien jurídico⁹ se encuentran, por

plantearnos si con la nueva definición de la tentativa del art. 16 del Código penal español se ha querido cambiar el concepto de la misma. En efecto parece que la sustitución de las palabras «que hubieran de producir el delito» por la referencia expresa al resultado pudiera indicar el deseo del legislador de limitar la tentativa a los casos de ausencia de resultado y calificar otros supuestos de falta de elementos del tipo como supuestos de ausencia de tipo —así COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 416 y 565—. Sin embargo, puesto que la dicción literal del art. 16 no impide seguir manteniendo el concepto de tentativa del anterior Código, es decir, el referido a la realización del tipo y no meramente a la causación de un resultado, parece preferible mantener dicha interpretación, pues lo contrario nos llevaría a admitir que nuestro legislador ha asumido una determinada variante de la teoría objetiva de la tentativa, la que deriva de la ya abandonada «teoría de la falta de tipo», calificada hace décadas por la doctrina dominante como errónea. Véase CEREZO MIR, *Derecho penal, parte general, (lecciones 26-40)*, UNED, Madrid, 1997, págs. 125-126; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 530; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», en ADPCP, tomo XLV, fasc. II, 1992, pág. 535. Por otra parte, en mi opinión, el mayor problema de aceptar las tesis de que la consumación no sea un concepto formal, referido a la realización del tipo, para pasar a referirse al resultado en sentido valorativo, la lesión del bien jurídico, es que sería imposible aplicar el art. 16 a todos aquellos delitos que materialmente se corresponden con una tentativa o un acto preparatorio castigados como delitos autónomos consumados, incluidos los mutilados de dos actos y los de resultado cortado, en definitiva, de todos los delitos de consumación anticipada, utilizando la terminología de JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht*, 5. Auf., pág. 517. Esta consecuencia se deduce de que no sería aplicable el 16.1 al resultado descrito en el tipo, sino a la lesión o peligro concreto del bien jurídico, mientras que el resultado descrito en el tipo de estos delitos supondrá a lo sumo un peligro abstracto para el bien jurídico. Con otras palabras, si es tentativa la realización de todos o parte de los actos que objetivamente debieran producir la lesión o peligro concreto del bien jurídico, no es tentativa la ejecución de los actos que debieran producir el resultado material descrito en el tipo cuando éste no se identifica con la lesión del bien jurídico. Y no tendría sentido que no pudiese castigarse la tentativa de dichas conductas cuando el propio Código castiga los actos preparatorios de los mismos —véase por ej. el art. 400 Cp español—. Esta es sin embargo, la solución que propugna VIVES ANTÓN, *Comentarios*, I, pág. 100. Véase, a favor de la opinión aquí mantenida de entender la consumación en sentido formal y permitir la tentativa de los «tipos de preparación», el interesante artículo de GRACIA MARTÍN, L., «El «iter criminis» en el Código penal español de 1995», en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 261 y ss., y también FARRÉ TREPAT, H. E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, págs. 496 y ss. Por último una interpretación del art. 16 que limitara el concepto de tentativa a la no producción del resultado material en los delitos de esta clase impediría el castigo de los supuestos de error inverso sobre un elemento del tipo en los delitos de mera actividad aun cuando la concurrencia del elemento que erróneamente se supone apareciese *ex ante* como no absolutamente improbable, lo que me parece inadmisibles. Sobre esta concepción en mayor detalle véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 170-171, nota 48 y pág. 174.

⁹ También son delitos que se consuman sin que se haya producido la lesión del bien jurídico por ej. los delitos de peligro abstracto —véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...* págs. 160 y ss.—. Para JAKOBS, G., «Criminalización en el estado previo

tanto, los delitos de resultado cortado¹⁰ que a su vez incluyen a los mutilados de varios actos, pues ese «corte» del resultado se puede establecer de dos maneras: puede no exigirse siquiera la tentativa acabada en relación a la lesión del bien jurídico —el delito está estructurado como

a la lesión de un bien jurídico» en *Fundamentos de Derecho penal*, Trad. Cancio Meliá y Peñaranda Ramos, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, pág. 208 y ss.; *Strafrecht, AT.*, pág. 173, marg. 86a, *Derecho penal*, págs. 211 y 212, existen distintas clases o grupos de delitos de peligro abstracto (delitos que se caracterizan por desviaciones del *standard* y que constituyen anticipaciones de la punibilidad en tanto que su consumación no depende de la lesión del bien jurídico): 1— los que castigan un comportamiento externo y perturbador en sí; 2— los que definen una conducta como perturbadora *per se* porque generalmente es adecuada para producir efectos externamente perturbadores; 3— los que criminalizan una conducta que no sería peligrosa en absoluto o sólo en una medida muy limitada sin un comportamiento sucesivo a su vez de carácter delictivo, es decir, se criminalizan conductas que constituyen en sí mismas actos preparatorios o tentativas de participación. La inclusión de este último grupo en los delitos de peligro abstracto proviene de la tesis de JAKOBS de que la legitimidad de tales incriminaciones deriva de la peligrosidad del acto en sí mismo, sin tener en cuenta cuáles sean las intenciones del autor. No es legítimo, en opinión de JAKOBS, el castigo de una conducta si para la constatación de su peligrosidad fuera preciso atender a las futuras intenciones del autor. Por tanto, el castigo de un acto preparatorio es legítimo y supone un peligro abstracto, si dicho acto favorece la comisión de delitos en general, a cualquier persona, creando así una situación de peligro, como ocurre en los casos de producción de prototipos de medios delictivos como el dinero falso, pasaportes falsificados, drogas, etc. No estoy de acuerdo con JAKOBS en que el castigo de dichas conductas con base en la intención del autor suponga una infracción del principio *cogitationis nemo patitur*. No se están castigando *futuras* intenciones del autor, sino la realización de una acción dirigida por su voluntad hacia la lesión del bien jurídico y puesta de manifiesto por hechos externos. Lo que podría deslegitimar el castigo de algunas conductas —y no es el caso, por ej. de la falsificación de moneda— que suponen todavía únicamente actos preparatorios respecto de la lesión del bien jurídico es, en mi opinión, su excesiva lejanía de dicha lesión, que infringiría el principio de intervención mínima. Sin embargo, volviendo a la concepción de los delitos de resultado cortado como delitos de peligro abstracto, si entendemos que el peligro abstracto se refiere al efecto del delito sobre el bien jurídico no le falta razón a JAKOBS al incluir todas estas categorías en dicho grupo, pues, como ya hemos señalado, en ninguna de ellas se exige un resultado valorativo —ni de peligro concreto ni de lesión—. Sin embargo, con el fin de encontrar una nomenclatura que nos permita distinguir los distintos grupos de delitos, nos referiremos aquí con el nombre de delitos de peligro abstracto únicamente a aquellos que tienen la estructura de conductas imprudentes sin resultado expresamente tipificadas, y no a los de resultado cortado.

¹⁰ Véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, AT, I*, págs. 191 y 192; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 2. Aufl. pág. 91, marg. 50; JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2 Aufl., pág. 176, marg. 93 y págs. 307-308, margs. 89-90; *Derecho penal*, pág. 215 y págs. 370-371; GRACIA MARTÍN, L., «El «*iter criminis*» en el Código penal español de 1995», pág. 262 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, pág. 403; SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*. Comares, Granada, 1996, pág. 154; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998, pág. 345. Para LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal, Parte General, I*, Universitas, Madrid, 1996, pág. 309, en cambio, un delito de emprendimiento, de resultado cortado, o mutilado de dos

una tentativa inacabada o como un acto preparatorio—, y entonces se habla de delitos mutilados de dos o de varios actos, o puede exigirse la conclusión del comportamiento del autor pero prescindir del acaecimiento del resultado —el delito tiene una estructura paralela a la de una tentativa acabada—¹¹. La parte subjetiva excedente pertenece al injusto en estos casos igual que el dolo¹² en la tentativa¹³. Constituye un delito de resultado cortado en el que sólo se ha prescindido del acaecimiento del resultado, por ej., el delito de descubrimiento de secretos del art. 197.1 Cp español¹⁴ o el delito de genocidio del art. 607.1 3.º en el supuesto de «sometimiento del grupo a condiciones de existencia que pongan en peligro la vida con el propósito de destruir al grupo», pues el delito se considera consumado en el momento en que el sujeto ha terminado la acción pero sin esperar a que se produzca el resultado pretendido de destrucción del grupo¹⁵, y un ejemplo de delito mutilado de dos actos lo tenemos en el delito de falsificación de moneda del art. 386. 1.º Cp español, pues no es la fabricación en sí lo que lesiona el tráfico monetario, sino el segundo acto de su puesta en circulación¹⁶, con cuya intención ha de haber sido fabricada¹⁷.

actos puede implicar ya la lesión del bien jurídico, lo que me parece discutible. El problema viene de que LUZÓN incluye en estas categorías de delitos figuras en las que encuentra elementos subjetivos que no hacen referencia al bien jurídico sino, como él dice, «a fines penalmente relevantes» y, que sin embargo, en mi opinión, no son auténticos elementos subjetivos de lo injusto sino que pertenecen a la culpabilidad, concepto en el que por el contrario, no puede incluirlos este autor pues en la construcción de LUZÓN la culpabilidad no admite un aumento —ob. cit. págs. 395 y ss. y 539 y ss.—.

¹¹ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, pág. 176, marg. 93 y pág. 307, marg. 88 y ss. *Derecho penal*, pág. 205 y págs. 370 y ss.,

¹² Llamamos aquí dolo, como se hace con frecuencia por su identidad material con el dolo del correspondiente delito consumado —véase CEREZO MIR, *Curso... II*, págs. 124 y ss.— al elemento subjetivo de toda tentativa, es decir, la resolución al hecho, aunque, como veremos posteriormente en él podemos distinguir diferentes elementos según se correspondan con la parte objetiva del tipo de la tentativa, en cuyo caso podemos hablar con propiedad de dolo, o por el contrario se extiendan más allá de la misma —elementos subjetivos trascendentes—.

¹³ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, pág. 176, marg. 93 y pág. 307, marg. 88 y ss. *Derecho penal*, pág. 205 y págs. 370 y ss.,

¹⁴ Véase CEREZO MIR, *Curso...II*, pág. 122.

¹⁵ Véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, págs. 113 y ss.

¹⁶ Véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, págs. 162 y s., nota 17; JAKOBS, «Criminalización...» pág. 216.

¹⁷ La doctrina y la jurisprudencia exigen en la falsificación de moneda un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la intención de poner la moneda en circulación. Véase BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, pág. 342; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, PE*, 1996, pág. 655; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal Español, PE, II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 217; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho*

En estos delitos cuya configuración tiene una estructura de meros actos preparatorios o de una tentativa castigada como delito consumado, es decir, en los delitos mutilados de dos o varios actos y los delitos de resultado cortado en los que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado¹⁸, al tratarse de delitos que se consuman formalmente antes de la lesión o peligro del bien jurídico, se castiga únicamente la peligrosidad de la acción¹⁹. Por ello, el resultado material o la

penal español, PG, 1, pág. 425; y las SSTs de 21 de diciembre de 1983 (Ar. 6717), de 18 de septiembre de 1987 (Ar. 6475), de 7 de marzo de 1989 (Ar. 2508). Por el contrario para JAKOBS, «Criminalización...» pág. 217, aunque reconoce en estos casos un indudable dolo *ex re*, no es esto lo que legitima la punición de estas conductas, —véase *supra* la nota 9—.

¹⁸ Nótese que partimos, por tanto, de un concepto de «delito de resultado cortado en el que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado», por lo tanto muy estricto y que no se identifica con cualquier delito de tendencia externa trascendente, sino únicamente con aquellos en que la intención trascendente va referida al resultado que identifica la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico. Con ello obviamos la objeción de GHERIG, K., *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Dunker & Humblot, Berlin, 1986, págs. 41 y ss., al paralelismo entre los delitos de resultado cortado y la tentativa, pues en el contenido que aquí se da a esta terminología coincidimos con el autor citado en los delitos en los que éste admite dicho paralelismo —ob. cit. pág. 43 y págs. 79 y ss.—, excluyendo del mismo los delitos en los que el elemento subjetivo viene a limitar o concretar la conducta y aquellos otros en que la misma se refiere a la voluntad de realizar un segundo acto (delitos mutilados de varios actos), que pueden identificarse con un acto preparatorio o con una tentativa inacabada.

¹⁹ Véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, AT, I*, págs. 191 y 192; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT, 2. Aufl.* pág. 91, marg. 50; JAKOBS, *Strafrecht, AT, 2. Aufl.*, pág. 176, marg. 93; págs. 307-308, margs. 89-90 y pág. 706, marg. 2; *Derecho penal*, pág. 215 y págs. 370-371; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...*, pág. 38; GRACIA MARTÍN, L., «El «*iter criminis*» en el Código penal español de 1995», págs. 262 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, pág. 403; SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito...*, pág. 154; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, pág. 345. Numerosos autores manejan dos clasificaciones paralelas que se superponen por corresponderse con el mismo fenómeno observado desde perspectivas diferentes. Así, desde el punto de vista de la relación entre la consumación y la lesión del bien jurídico se habla de delitos de consumación anticipada o de emprendimiento (impropio) y de preparación, mientras que si se fija la atención en el elemento subjetivo se habla de delitos de resultado cortado o mutilados de varios actos (COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte general*, págs. 402 y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 267). Combinando ambas clasificaciones, tenemos que los delitos de consumación anticipada pueden dividirse en delitos en los que se castiga una tentativa acabada o inacabada y delitos en los que se castiga un acto preparatorio. En el primer caso se trata, en relación al elemento subjetivo trascendente, bien de delitos de resultado cortado en el caso de tentativa acabada, pues el sujeto sólo debe ya esperar el acaecimiento del resultado que vendría a identificar la lesión del bien jurídico, bien de delitos mutilados de varios actos, en el caso de tentativa inacabada, pues el sujeto debe tener la intención de realizar uno o varios actos posteriores que seguirán siendo «actos ejecutivos» cuyo resultado o mera actividad representa la lesión del bien jurídico. El segundo

mera actividad descritos en el tipo objetivo y que suponen la consumación formal del delito constituyen, en el plano valorativo, un mero acto ejecutivo o preparatorio en el camino hacia la lesión del bien jurídico que viene indicado por el elemento subjetivo²⁰.

En el segundo grupo de elementos subjetivos descrito nos encontramos en cambio con elementos subjetivos que no identifican por sí solos la lesión del bien jurídico sino únicamente la concreta forma de lesión que se quiere castigar. En estos casos la lesión del bien jurídico podría producirse igualmente sin la concurrencia del elemento subjetivo, pero no es esa la lesión que la ley quiere castigar, sino únicamente aquella forma de lesión que el elemento subjetivo viene a definir²¹. En este grupo se encontraría, por ej., el elemento subjetivo del ánimo de lucro que viene a identificar la forma de lesión del bien jurídico patrimonio que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos dejando por el contrario impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien, como por ej. el llamado «hurto de uso». La conducta descrita en el tipo objetivo —por ej. el tomar una cosa ajena— supone sin más una perturbación del bien jurídico, pero el elemento subjetivo viene a reducir el ámbito de dicha conducta más amplia a aquella otra más concreta dentro de la primera que se considera realmente digna de castigo por perturbar el bien jurídico de una manera más grave —tomar una cosa ajena con ánimo de lucro—²².

Una vez hecha esta distinción aclararé que a continuación voy a ocuparme del término «intención» como elemento subjetivo de lo injusto trascendente perteneciente al primer grupo de los expuestos. El

supuesto, el referido a los delitos que valorativamente castigan un acto preparatorio, se corresponderá siempre con un delito mutilado de varios actos, pues por definición los actos preparatorios deberán realizarse con la intención de cometer posteriormente el delito.

²⁰ Sobre la distinción entre resultado material y resultado valorativo y la demostración de que no todo resultado típico identifica la lesión del bien jurídico véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...* págs. 160 a 177.

²¹ En contadas ocasiones esta función del elemento subjetivo se radicaliza hasta el punto de que no se trata ya de concretar entre las posibles acciones lesivas del bien jurídico subsumibles en el tipo objetivo aquellas que se consideran merecedoras de pena, sino que, más allá de esta función el elemento subjetivo viene a concretar la propia acción verdaderamente lesiva del bien jurídico ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa labor de concreción. Esto es lo que ocurre, en mi opinión, con el delito de encubrimiento del art. 451,1.º, en el que el término «auxiliar» es tan sumamente amplio que incluye cantidad de conductas absolutamente inocuas para el bien jurídico. Véase en sentido similar la interpretación del § 257 StGB de GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...*, pág. 122.

²² Véase ROXIN, *Strafrecht*, 3. Aufl., págs. 368 y ss., margs. 12 y ss.; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...*, págs. 45 y ss. y 60 y ss.

paralelismo establecido entre la estructura de los tipos que a continuación voy a analizar y la estructura de una tentativa acabada o inacabada o un acto preparatorio, según los casos, resulta exclusivamente aplicable a los tipos con elementos subjetivos de aquella clase y por ello las conclusiones obtenidas no son en absoluto aplicables a todos aquellos elementos subjetivos que no tengan aquella finalidad y estructura, por mucho que se los califique en ocasiones de fines, intenciones, tendencias trascendentes, etc.²³

2. *El concepto de intención en la doctrina*

El concepto jurídico-penal de intención es un tema polémico y discutido, en especial cuando la misma define una tendencia interna trascendente, y más concretamente, en los delitos de resultado cortado. Las opiniones al respecto en la doctrina española y sobretodo en la alemana, que se ha ocupado más profundamente del tema obligada a ello por la terminología utilizada por su Código penal, son muy diversas. Para la doctrina dominante el término intención se limita al dolo directo de primer grado, admitiéndose también en ocasiones el de segundo grado, pero en todo caso con exclusión del dolo eventual. Así, afirma Jescheck que la intención referida a un elemento que está más allá del tipo objetivo hace referencia, por lo general, a la meta perseguida por el autor (dolo directo de primer grado), lo que incluye los casos en que esa meta es exclusivamente una meta intermedia para el logro de otros fines ulteriores. Pero en ocasiones, añade, con la utilización de la palabra «intención» únicamente quiere excluirse la posibilidad del dolo eventual²⁴.

A partir de ahí la doctrina dominante se divide a la hora de establecer los criterios que permitirán en unos casos la admisión del dolo directo de segundo grado (en general para delitos de resultado cortado, in-

²³ Respecto de los elementos subjetivos pertenecientes al este segundo grupo sería necesario realizar un estudio específico para aceptar la opinión de la doctrina mayoritaria —véanse las notas 25 y ss.— que excluye de su elemento volitivo la posibilidad de un grado de voluntad correspondiente al del dolo eventual y dilucidar si sería suficiente una voluntad directa de segundo grado o es exigible una voluntad directa de primer grado como opinan la mayoría de los autores. En contra de la inclusión de elementos subjetivos de lo injusto de cualquier clase que, en su opinión, realiza habitualmente el legislador con el fin de excluir la posible comisión con dolo eventual (entendido éste según la teoría de la probabilidad) o «dolo básico», como él prefiere denominarlo, véase SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 71 y ss.

²⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 5. Aufl. págs. 297, 298. También STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Kommentar*, § 229, pág. 1651, marg. 9, afirma que la intención (*Absicht*) excluye el dolo eventual.

cluidos los mutilados de varios actos), y en otros no (para los elementos subjetivos cuya función es restringir la conducta típica) pero sin hacer el mismo esfuerzo por justificar la exclusión del dolo eventual en los primeros. Por ej. Roxin, profundizando en los criterios que llevan a extender la intención al dolo directo de segundo grado, afirma que en los casos en que la intención no imprime ningún significado al tipo es suficiente con un dolo directo de segundo grado, pues aquí la mención de la intención tiene como única finalidad exceptuar la mera acción peligrosa en relación al bien jurídico (es decir, el dolo eventual)²⁵. Contra la admisión del dolo eventual en estos supuestos, tras aceptar que se podría apelar igualmente a su merecimiento de pena, aduce que sin embargo la misma no es posible porque contravendría el principio *nullum crimen* pues esta clase de dolo no tiene cabida en el significado lingüístico del término «*Absicht*»²⁶. Lenckner²⁷ afirma que cuando el elemento subjetivo intención quiere reforzar la protección del bien jurídico, lo que sucede en los casos de anticipación de la consumación, el dolo debe extenderse al directo de segundo grado puesto que sería incongruente limitar luego tal protección exigiendo un elemento volitivo diferente al que exige en un delito de lesión, sobre todo cuando la tentativa, con la que algunos de estos delitos se identifican, admite según la opinión dominante incluso el dolo eventual. Sin embargo le parece que sería deseable e incluso político-criminalmente defendible la exclusión del dolo eventual en estos delitos que suponen la conversión de la tentativa en delito consumado. No explica cuáles son las razones político-criminales que aconsejan tal exclusión ni tampoco qué apoyo dogmático encontraría la misma. Por su parte Gehrig²⁸, para argumentar la exclusión del dolo eventual en los delitos de resultado cortado en los que el elemento subjetivo se refiere al bien jurídico protegido, aduce que a pesar del posible paralelismo de estos delitos con la tentativa, ello no obliga a una

²⁵ ROXIN, *Strafrecht*, 3. Aufl., págs. 368 y ss., margs. 12 y ss. Continúa este autor afirmando que por el contrario en los casos en que la intención conforma el tipo (elementos subjetivos de lo injusto del segundo grupo de nuestro esquema) es necesario un dolo directo de primer grado.

²⁶ ROXIN, *Strafrecht*, 3. Aufl., pág. 369, nota 13.

²⁷ LENCKNER, «Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB», en NJW, 1967, págs. 1892 y ss. Por el contrario, y en la misma línea que ROXIN —véase supra la nota 25—, en los casos en los que la intención viene a limitar la protección del bien jurídico exige este autor un dolo directo de primer grado.

²⁸ GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Dunker & Humblot, Berlin, 1986, pág. 44. Distingue este autor según la intención se refiera: 1) a la realización de una segunda acción; 2) a circunstancias que se encuentran más allá del bien jurídico protegido; 3) a un elemento referido al bien jurídico protegido. En el primer caso la intención se refiere a la voluntad de actuar; en el segundo caso admite sólo dolo directo de primer grado y en el tercero dolo directo de primer y segundo grado —págs. 34 y ss.; 45 y ss. y 79 y ss.—.

transposición de todas las consecuencias aplicables a ésta, pues, en su opinión, los conceptos finalistas utilizados para la descripción de la situación similar a la tentativa presuponen ya de forma conceptualmente necesaria el actuar dirigido a una meta en relación a la causación del resultado, de manera que el dolo eventual no es nunca suficiente. En qué fundamenta esa necesidad conceptual no queda explicado.

Otro grupo de autores, en cambio, admite todas las formas de dolo en los delitos de resultado cortado, rechazando que el término «intención» (*Absicht*) deba ser interpretado gramaticalmente en un determinado sentido, que en este tipo de delitos el legislador haya querido excluir el dolo eventual, o que dichas conductas no deban ser castigadas por consideraciones político criminales. Así, admiten también el dolo eventual entre otros Stratenwerth²⁹, Jakobs³⁰ y Puppe³¹, quien opina

²⁹ En opinión de STRATENWERTH, *Strafrecht, AT, I*, 3. Aufl. pág. 112, margs. 318 y 319; el mismo, *Schweizerisches Strafrecht, AT, I*, 2. Aufl. págs. 191 y ss., margs. 119 y 120, en los delitos mutilados de varios actos y en los delitos de resultado cortado basta con que la intención de realizar el segundo acto alcance un grado equivalente al del dolo eventual.

³⁰ En opinión de JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2. Aufl., págs. 279 y ss. margs. 36 y ss., el dolo eventual no basta en algunos delitos, en general o en relación con ciertos elementos del tipo, porque debe excluirse del tipo un comportamiento peligroso pero que todavía está permitido. Esto se consigue mediante la exigencia de la actuación «a sabiendas». En algunos casos el dolo se describe como un contexto de planificación bien con la expresión «intención» (*Absicht*) o con la formulación «para» (*um...zu*) y dentro de esta posibilidad se encuentra el supuesto de un dolo de lesión trascendente, de delitos cuya consumación se ha adelantado a un estadio de peligro significativo. Este estadio de peligro no se describe sin embargo directamente en el tipo, sino mediante una cierta acción y el proyecto en el que la acción se inserta. En caso de división del trabajo entre varios participantes, prosigue JAKOBS, la acción y el plan pueden separarse: uno actúa y otro planea la continuación, donde esa continuación puede ser para el primero indiferente. La separación de la acción y del plan no cambia nada en la forma y medida del peligro de estos delitos. Si bastara con cualquier tipo de dolo para la acción que todavía falta en el momento de la consumación, se olvidaría, en opinión de este autor, el contexto de planificación como especificación del peligro. Si se insiste en la intención en sentido estricto (dolo directo de primer grado) o el dolo directo (dolo directo de segundo grado) —los paréntesis aclaratorios son de la autora; sobre el concepto de dolo directo de JAKOBS véanse en el mismo capítulo los margs. 15 y ss.— ya no puede ser comprendido el autor que por metas neutrales (por ej. por dinero) trabaja en el plan ajeno y no está seguro del éxito del mismo. Como resultado, concluye JAKOBS, debe admitirse que para las acciones todavía pendientes, en caso de división del trabajo, debe bastar cualquier tipo de dolo pero completado con el conocimiento de que el otro partícipe persigue en sentido estricto la prosecución del plan. En su opinión si el autor quiere realizar él sólo todos los actos, se resuelven sus dudas sobre si se decidirá o no a realizar el segundo acto según las reglas de la voluntad condicionada. No añade nada más acerca de la clase de dolo que debe tener el autor individual respecto de la realización del segundo acto, pero en mi opinión, de la remisión que realiza al tema de la resolución al hecho —*Strafrecht, AT*, 2. Aufl., pág. 717, marg. 29—

que en los delitos de resultado cortado el legislador ha querido únicamente adelantar el momento de la consumación y por ello se ha visto obligado a la utilización de términos como intención (*Absicht*) o para... (*um...zu*), que en lenguaje coloquial pueden dar cabida a todas las clases de dolo. Por ello niega que la voluntad del legislador en estos delitos haya sido la de excluir el dolo directo de segundo grado o el dolo eventual y afirma que los mismos pueden cometerse con cualquier tipo de dolo. En el mismo sentido se expresa Herzberg³², quien además se manifiesta en contra de que las exigencias político-criminales aconsejen excluir el dolo eventual.

3. *La intención referida al resultado externo al tipo objetivo que identifica la lesión del bien jurídico frente a la intención referida a la realización de un acto posterior lesivo del bien jurídico*

En mi opinión, es posible y necesario llegar a tales conclusiones mediante una argumentación que explique las decisiones tomadas a partir de la estructura típica de cada supuesto concreto analizado. Para dar solución a esta cuestión es necesario acudir al esquema de la tentativa. Pero la distinción dentro de los delitos de resultado cortado entre delitos cuya estructura es paralela en el aspecto valorativo a la de una tentativa acabada (delitos de resultado cortado en los que la intención va referida al acaecimiento del resultado que identifica la lesión del bien

es posible deducir que su opinión es la de que, mientras el autor cree sólo posible que cometa la segunda acción y acepta esa posibilidad en realidad todavía no se ha decidido a ella (no hay voluntad de actuar) y por lo tanto no puede hablarse de que exista intención de realizar la segunda acción, con lo que no se dará el tipo. Por ello afirma que si el autor del primer acto lo consuma sin dolo directo de realizar el acto siguiente y sin acuerdo con otro autor que realice ese acto posterior quedará impune. En tanto en cuanto la acción y el plan no se separan, continúa JAKOBS, porque con la acción ha sido realizado todo lo necesario para el acaecimiento del resultado (ej. delitos de resultado cortado de estructura paralela a una tentativa acabada), basta en relación al resultado con cualquier tipo de dolo, pero aquellos momentos que caracterizan la peligrosidad del plan deben ser aquí también perseguidos en sentido estricto y necesariamente por el propio autor (es decir, en el delito del § 267 párrafo 1, 3.º grupo de casos, StGB, se exigiría la presentación del documento falso como prueba con dolo directo de primer grado pero no se exigiría voluntad directa de primer grado de que con ello se produzca el resultado de engaño en el tribunal, sino que en esto bastaría incluso la voluntad eventual).

³¹ PUPPE, I., §15, en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, Baden Baden, 1997, pág. 63, margs. 148 y ss.,

³² HERZBERG, R. D., «Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1976, pág. 95.

jurídico pero que queda ya fuera del tipo objetivo), o a una tentativa inacabada o a actos preparatorios (delitos mutilados de varios actos en los que la intención va referida a la realización, que queda ya fuera del tipo objetivo, de actos posteriores necesarios para la producción de la lesión del bien jurídico) provoca que el elemento subjetivo de la «intención» contenido en todos ellos no sea el mismo, sino que, por el contrario, se identifique en cada caso con distintos elementos del tipo subjetivo de la tentativa, como ya descubrió Gehrig³³. La intención se puede referir directamente al resultado fuera del tipo (delitos de resultado cortado en los que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado), y entonces se identifica con ese fragmento del dolo del delito consumado que en su tentativa resulta en elemento subjetivo trascendente al ser el tipo objetivo de ésta mas corto que el de aquél, o se puede referir a la realización de actos posteriores cuyo resultado o mera actividad identifica la lesión del bien jurídico (delitos mutilados de varios actos), en cuyo caso se identifica en parte con lo que la doctrina denomina «la voluntad de actuar», que es un elemento esencial de toda clase de dolo. Por ello, el análisis del tipo subjetivo de la tentativa y de la voluntad de actuar nos ayudarán a encontrar las soluciones a la cuestión planteada en uno y otro caso.

4. *Estructura del tipo subjetivo de la tentativa*

El tipo subjetivo de la tentativa inacabada tendría la siguiente estructura:

1— Un elemento subjetivo que encontraría su correlativo en el tipo objetivo. Se trata de la conciencia y voluntad de realizar el acto o actos ejecutivos llevados a cabo y que hace que podamos hablar de comienzo de la ejecución. A este elemento subjetivo, por encontrar reflejo en el tipo objetivo le podemos llamar con propiedad dolo.

2— Un elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo de la tentativa inacabada consistente en la representación y voluntad de realizar el resto de los actos ejecutivos que según el plan del autor deberán conducir a la no absoluta improbabilidad de producción del resultado delictivo (que en el caso prototípico identifica la lesión del bien jurídico). A este elemento subjetivo, por no encontrar reflejo en el tipo objetivo de la tentativa inacabada le llamaremos simplemente voluntad o intención. Dentro de este elemento podemos distinguir todavía la llamada «voluntad de actuar».

³³ Véase supra la nota 28.

3— Un elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo de la tentativa inacabada consistente en la representación y voluntad (directa o eventual) de la producción del resultado delictivo (que en el caso prototípico identifica la lesión del bien jurídico). Igual que en el caso anterior no podemos hablar aquí con propiedad de dolo, sino de voluntad o intención.

Struensee³⁴ apuntó ya la necesidad de indagar en el tipo subjetivo de la tentativa y de distinguir diferentes elementos que en su opinión revelaban la falsedad de la tradicional afirmación de la identidad entre el tipo del delito consumado y el intentado, por lo menos en lo referente a la tentativa inacabada. A esta postura se han unido otros autores³⁵. No es sin embargo mi caso. Particularmente entiendo que la teoría ideada por Struensee olvida que la parte subjetiva realizada en cada acto ejecutivo no basta para integrar el tipo subjetivo de la tentativa, sino que a la misma hay que añadir el elemento subjetivo trascendente de la intención de realizar los restantes actos ejecutivos y, para los que entendemos que el dolo debe abarcar también la producción del resultado como elemento del tipo que es, un elemento subjetivo trascendente referido a este último. Por ello, cuando el sujeto realiza un acto ejecutivo el elemento subjetivo con el que actúa no se limita a la conciencia y voluntad de realización de dicho acto, sino que a él se suman el resto de elementos subjetivos mencionados. De lo contrario sería imposible hablar de tentativa de delito, pues con la sola realización de un acto ejecutivo no podríamos saber qué delito se intenta si no comprendiéramos en la misma el plan del autor; es decir, todo el resto del tipo subjetivo³⁶. Cuando el sujeto realiza el primer acto ejecutivo al mismo debe acompañar ya no sólo la conciencia y voluntad de realizar dicho acto sino todo el conjunto de los restantes elementos subjetivos descrito para poder afirmar que ese acto es efectivamente un acto ejecutivo y que existe una resolución al hecho (el tipo subjetivo en su conjunto) y por lo tanto una tentativa. La suma de todos estos elementos subjetivos, los que ya han encontrado reflejo en el tipo objetivo y los que quedan por realizarse, pero sin los cuales no es posible identificar la tentativa, constituye la resolución al hecho que es idéntica al dolo del delito consumado, aunque antes de la consumación nos hayamos visto obligados a diseccionar sus elementos por la referencia de algunos de ellos a un correlativo tipo objetivo mientras que otros se dirigen únicamente hacia el futuro.

³⁴ STRUENSEE, «Tentativa y dolo», en Cuadernos de política criminal, n.º 38, 1989, págs. 405 y ss.

³⁵ MIR PUIG, S. *Derecho penal, Parte general*, pág. 344, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 539, SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, págs. 68 y ss. y 244 y ss.

³⁶ Véase CERESO MIR, *Curso...II*, págs. 125 y ss.

Por ello me parece poco clara la afirmación de que cada acto ejecutivo posterior agrega al hecho una nueva cuota de disvalor porque hay una nueva decisión de acción (o subdecisión)³⁷. Dicha decisión ha de estar desde el principio para poder hablar de tentativa, aunque no haya sido todavía realizada, lo que no varía su existencia en el tipo subjetivo. Cuando Struensee³⁸ afirma que la decisión de realizar con posterioridad actos corporales voluntarios perdura en el tiempo formando la fuente psíquica duradera de los actos singulares que la van poniendo en práctica, distorsiona en mi opinión la estructura de la tentativa, pues no se trata de que de esa decisión inicial vayan surgiendo una tras otra las particulares resoluciones a cometer cada uno de los actos ejecutivos necesarios según el plan del autor, sino que por el contrario, en esa decisión está ya la decisión a todos aquellos actos. Y si no lo está sino que esas decisiones de realizar los actos posteriores tienen que aparecer posteriormente, ello significa que el sujeto no está resuelto al delito (el hecho en su conjunto, el plan) sino únicamente a ese acto concreto realizado que podrá constituir otro delito diferente o incluso ser totalmente inocuo, atípico e impune.

La posición de Mir Puig es algo distinta, pues este autor, a pesar de negar la identidad del dolo del delito intentado y el dolo del delito consumado exige en el tipo de la tentativa inacabada, junto al dolo de la misma, un elemento subjetivo consistente en la resolución de consumir el delito³⁹. Exige, por tanto, los elementos 1 y 2 de nuestro esquema, y prescinde del elemento n.º 3 porque según su elaboración el resultado no es nunca objeto del dolo⁴⁰. Por lo tanto, prescindiendo de esta particularidad y centrándonos en su propio esquema, su afirmación de que el dolo de la tentativa inacabada no coincide con el dolo del delito consumado se limita a una cuestión meramente terminológica. Es cierto que el dolo entendido como conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo no coincidirá en la tentativa inacabada y el delito consumado por ser el tipo objetivo de la primera menor que el del segundo. Pero también es cierto que el contenido del tipo subjetivo de la tentativa inacabada, integrado en la construcción de MIR por el dolo más el elemento subjetivo de la resolución de consumir el delito, sí coincide con el contenido que al dolo del delito consumado atribuye

³⁷ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, págs. 40 y ss.

³⁸ STRUENSEE, «Tentativa y dolo», pág. 409

³⁹ MIR PUIG, S. *Derecho penal, Parte general*, pág. 344, distingue en el tipo subjetivo de la tentativa inacabada un dolo distinto al del delito consumado, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y un elemento subjetivo de lo injusto adicional consistente en la intención de completar la ejecución.

⁴⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, pág. 241, marg. 70.

este autor⁴¹. La construcción de Mir no me parece, por ello, necesaria, pues si bien en los delitos mutilados de varios actos la separación de dichos elementos viene forzada por la discordancia típica entre la parte objetiva y la subjetiva y la explicación viene únicamente a relacionar los

⁴¹ No opina así MIR PUIG, quien defiende que el hecho de que el autor haya impulsado una parte de la ejecución con ánimo de consumación (tentativa inacabada) no prueba todavía que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución — *Derecho penal, Parte general*, pág. 344—. En mi opinión esto no parece muy coherente con su afirmación inicial de que subjetivamente la tentativa requiere no sólo el dolo respecto de los actos ejecutivos sino además la intención de proseguir, pues en mi opinión en esa voluntad de proseguir está la voluntad de proseguir hasta el final desde el primer momento y con independencia de que pueda desistir posteriormente. Con el Código penal anterior esta argumentación le servía a MIR para poder fundamentar la menor punición de la tentativa inacabada frente a la frustración. Esta concepción llevó a MIR PUIG, lógicamente, a mantener respecto del desistimiento una teoría muy similar en su fundamentación a las teorías jurídico-objetivas, pues afirmaba que el desistimiento anulaba la tentativa pues borraba la apariencia de peligrosidad de la conducta realizada —véanse las págs. 379-380 de la 3ª ed.—. Tras las acertadas críticas de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 49, nota 34, su formulación parece separarse de dichas teorías, pero se trata de una mera apariencia, pues afirma, igual que antes, que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa, sin que se niegue el injusto anterior, que no cabe ya borrar, pero que constituirá un tipo de injusto no penal. Se le niega, en su opinión, no la existencia sino únicamente su relevancia penal. Por otro lado la teoría de Mir, y más en su reformulación de la 4ª y 5ª eds., parece acercarse a la «teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal», en cuanto el desistimiento, aunque muestra un defecto de la voluntad, que se configura como insuficiente, no puede borrar el injusto anterior pero viene a demostrar la incapacidad de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, es decir, a la voluntad del agente. Las teorías que fundamentan la relevancia del desistimiento en la menor intensidad de la voluntad criminal han sido muy criticadas —véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento*, págs. 51 y ss.—. En mi opinión, si en la formulación anterior de MIR no se comprendía cómo el desistimiento puede borrar la peligrosidad *ex ante* de los actos ejecutivos ya realizados para hacer desaparecer el tipo de la tentativa, tampoco se comprende cómo el desistimiento puede transformar una peligrosidad *ex ante* que aparecía como penalmente relevante en peligrosidad que constituye únicamente un injusto civil o administrativo. Si la peligrosidad *ex ante* no era penalmente relevante no puede hablarse siquiera de tentativa, si por el contrario sí lo era no puede desaparecer el tipo de la tentativa convirtiéndose en una conducta penalmente irrelevante. Por otra parte, la regulación del desistimiento en nuestro Cp no avala la teoría de la exclusión del tipo mantenida por MIR, sino que el mismo está concebido como causa personal de exclusión de la pena, ya que el desistimiento del autor no determina la impunidad de los partícipes —véase CEREZO MIR, J., «La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, UNED, Madrid, 1998, págs. 18 y 19—. No comprendo como su discípulo SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 140, nota 359, afirma que la posición de MIR es materialmente coincidente con la suya que defiende el carácter personal del desistimiento y su ubicación en la punibilidad. De su afirmación de que el desistimiento es

dos elementos del tipo subjetivo, tal deslinde aunque pueda ser cierto también para la tentativa inacabada no parece que en este caso tenga mayor utilidad (salvo en lo que pueda ayudar a resolver los problemas sobre la voluntad de actuar para distinguir la mera inclinación al delito de otros supuestos de voluntad no condicionada) pues ya es claro que tanto el dolo de realizar el acto ejecutivo concreto como la intención de realizar los posteriores forman parte de la resolución al hecho. En concreto, el principal objetivo de esta distinción en mi argumentación, y que desarrollo en el epígrafe siguiente, consiste en poder discernir dentro ese elemento segundo, la voluntad de realizar el resto de los actos ejecutivos, un nuevo componente: la «voluntad de actuar», y las exigencias que el mismo conlleva, para contraponerlo con el grado de voluntad exigido respecto de los restantes elementos pertenecientes a cada acto ejecutivo y con el grado de voluntad del elemento subjetivo referido a la producción del resultado que identifica la lesión del bien jurídico en los delitos que tengan dicha estructura. Sin embargo, Mir prescinde de la concreción de cualquier elemento volitivo, y ello es normal porque en la concepción de este autor, aunque afirme que el dolo es conciencia y voluntad, tal voluntad no es la voluntad de realización que aquí manejamos, sino la mera voluntariedad⁴² que nada tiene que ver con la voluntad de realización⁴³ y además, al excluir la producción del resultado del objeto del dolo MIR no concibe siquiera ese tercer elemento del tipo subjetivo, el referido al resultado.

Esta estructura de tipo incongruente por exceso subjetivo es asumida también por Tamarit⁴⁴. Partiendo de la misma llega Tamarit a la con-

un elemento negativo del tipo de la tentativa deriva coherentemente MIR, que su aparición excluye el tipo penal de la tentativa, aunque quede un injusto que no obstante no tiene relevancia penal. Por el contrario interpreta SILVA, que lo que se excluye es meramente la relevancia penal de la tentativa. Sin embargo ésta para MIR ya no existe, lo que queda es un tipo de injusto no penal. Por desgracia no se ocupa MIR directamente en este epígrafe de la relevancia del desistimiento para los partícipes ni del significado del art. 16.3, lo que habría aclarado notablemente su postura. Pero si MIR siguiera la concepción que SILVA pretende no podría afirmar posteriormente como lo hace — *Derecho penal, Parte general*, pág. 404— que cuando el inducido comienza la ejecución del delito pero desiste, el inductor ha cometido una «tentativa de inducción» impune. Esta afirmación es solamente sostenible si se parte de que el inducido no ha cometido siquiera una tentativa de delito, por lo que la accesoriadad de la participación impide hacer responder al inductor. Si por el contrario se entiende, como lo hace SILVA —ob. cit. pág. 142—, y como personalmente considero más acertado, que existió tentativa de delito y que el desistimiento es personal —beneficia únicamente a quien desiste—, en el momento en que el inducido comienza los actos ejecutivos, el inductor responderá de «inducción a una tentativa», punible aunque el autor desista.

⁴² MIR PUIG, S., *Derecho penal*, págs. 241 -242, marg. 72.

⁴³ Véase WELZEL, *El nuevo sistema...* pág. 28.

⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 539.

clusión contraria a la aquí mantenida de que es inconcebible la tentativa inacabada con dolo eventual⁴⁵. La discrepancia podría deberse a que Tamarit no establece la distinción que yo desarrollo *supra* entre la voluntad de realización referida a la producción del resultado y la voluntad de realización de los actos ejecutivos pendientes, distinguiendo, además, dentro de este segundo elemento, la voluntad de actuar. Como ya hemos visto, Mir Puig excluye del contenido del dolo la producción del resultado para limitarlo a la realización de la conducta, y en su esquema el elemento subjetivo de la intención de consumir se refiere a la intención de realizar el resto de los actos ejecutivos. Pero no argumenta de esta manera Tamarit, sino que se empeña en afirmar que la presencia de dolo eventual se plantea en relación con el resultado típico⁴⁶, apartándose de la idea de Mir Puig, de la que en principio partía, para añadir a continuación que resulta incongruente entender la voluntad de consumación como elemento subjetivo de lo injusto y admitir en la misma una «voluntad eventual»⁴⁷. En mi opinión es esta afirmación lo que hay que demostrar y Tamarit no lo hace.

Argumenta este autor que el componente intencional trascendente que contienen los elementos subjetivos de lo injusto los hace incompatibles con una forma de relación entre el hecho y el autor en la que ni siquiera existe momento volitivo⁴⁸. Por su puesto no puedo compartir desde mi concepción del dolo eventual su afirmación de que en el mismo no hay un elemento volitivo, siendo éste, desde mi punto de vista, el primer error de su argumentación. El segundo fallo, que comparte con De Faria Costa⁴⁹, está en la forma de argumentar de ambos: puesto que la voluntad de consumación (entendida la misma como producción del resultado, y no como la entienden Mir y Farré Trepas, a quienes sin embargo cita Tamarit, y que además defienden la posibilidad de tentativa con dolo eventual) no se identifica con el dolo sino que es un elemento subjetivo de lo injusto, le es aplicable la teoría dominante que exige dolo directo en los delitos de intención. Esta lógica argumentativa incurre sin duda en una «petición de principio», pues primero habría que demostrar la corrección de esa opinión dominante que, por cierto,

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 549 y ss.

⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 550.

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 550.

⁴⁸ Y pone el ejemplo del infanticidio, en el que el elemento subjetivo no es que no se tratase ya de aquellos que se refieren al bien jurídico y que por lo tanto convierten la figura en cuestión en un delito de consumación anticipada, sino que no era siquiera un elemento subjetivo de lo injusto, sino que pertenecía a la culpabilidad. Véase DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 184.

⁴⁹ A quien cita en páginas anteriores —véase la pág. 528—

no se opone a la tentativa con dolo eventual. Por otra parte, es cierto que la «voluntad eventual» carece de sentido en una teoría de la probabilidad pues la misma prescinde del elemento volitivo, pero no en una concepción del dolo eventual como la aquí mantenida que encuentra el criterio decisivo para su caracterización en la actitud emocional del sujeto, sin que ello signifique volver a la teoría del consentimiento según la formulación hipotética de Frank⁵⁰.

Puesto que Tamarit se plantea únicamente el problema del elemento subjetivo trascendente referido al resultado, su argumentación podría ser trasladada al ámbito de la tentativa acabada. El tipo subjetivo de la tentativa acabada carecería del segundo elemento descrito en la clasificación realizada al comienzo de este epígrafe, pues en la tentativa acabada el sujeto ya ha realizado todos los actos que según su plan han de presentar como no absolutamente improbable la producción del resultado delictivo y por lo tanto ya no necesita querer la realización de ningún acto ejecutivo más. En el tipo de la tentativa acabada todos los elementos subjetivos del tipo 2 se han convertido ya en elementos del tipo 1 pues de la representación y voluntad de realizar un acto futuro han pasado a la conciencia y voluntad de realizar un acto actual.

En este contexto el prescindir del elemento subjetivo referido a la producción del resultado como hacen Mir Puig o Farré Trepas nos impediría distinguir, desde nuestra concepción del dolo eventual, en el supuesto de realización consciente de una conducta peligrosa (de la que *ex ante* aparece como no absolutamente improbable la producción del resultado delictivo) si se trata de una tentativa con dolo eventual o de una conducta imprudente que sólo se castigará en caso de producirse el resultado, salvo que se encuentre tipificada como delito de peligro. Tal disyuntiva únicamente podría resolverse desde la perspectiva de quienes prescinden del elemento subjetivo referido al resultado con una concepción del dolo eventual basada en la teoría de la probabilidad, que personalmente no comparto⁵¹. Sin embargo, para los seguidores de dicha teoría, tanto si extienden como si no el dolo al resultado, la resolución de la cuestión en favor de la tentativa con dolo eventual plantearía el problema de la superfluidad en numerosas ocasiones de los de-

⁵⁰ Véase CEREZO MIR, *Curso II*, págs. 150 y ss.

⁵¹ También MIR PUIG, *DP PG*, págs. 248 y ss., el mismo «Conocimiento y voluntad en el dolo», Cuadernos de Derecho Judicial, 94, CGPJ, págs. 26 y ss., parte de una concepción del dolo eventual en la que lo decisivo para su distinción de la culpa consciente radica únicamente en el elemento cognoscitivo y afirma que no es necesario añadir un elemento volitivo si el dolo se refiere sólo a la conducta y no al resultado, como él estima correcto. En contra de las teorías que prescinden de un auténtico elemento volitivo en el dolo véanse las críticas de CEREZO MIR, *Curso... II*, págs. 149 y ss.

litos de peligro abstracto. Así lo ha visto Tamarit⁵² que aduce esta consecuencia como un argumento más en contra de la admisión de la tentativa con dolo eventual. Según este autor no en todos los casos se daría una superposición, pues el dolo eventual exige una representación de un peligro cualificado que no exigen todas las figuras de delitos de peligro abstracto, pero cuando se diera tal representación del peligro cualificado la conducta sería sin duda subsumible en ambos tipos. De esta constatación deduce que cuando el legislador ha querido castigar la tentativa con dolo eventual lo ha hecho expresamente mediante los delitos de peligro abstracto. En realidad la conclusión a la que llega Tamarit Sumalla no me parece necesaria, pues también se podría admitir la superposición y optar por aplicar un concurso de leyes en favor de la tentativa con dolo eventual y dejar los delitos de peligro abstracto para los supuestos de «tentativas imprudentes»⁵³. Pero además, el problema sin duda existente de la superposición que se produce entre la tentativa con dolo eventual, entendiendo éste desde la teoría de la probabilidad o cualquier otra variante que prescinde de un auténtico elemento volitivo, y los delitos de peligro abstracto en determinados supuestos, no radica en la admisibilidad de aquélla, como Tamarit pretende, sino precisamente en las concepciones del dolo eventual manejadas, pues con una definición distinta del mismo ambas categorías son perfectamente compatibles y complementarias.

Así, admitiendo que el resultado es objeto del dolo en el delito consumado, y objeto de la resolución al hecho en el delito intentado, lo que supone la existencia de un elemento subjetivo trascendente (puesto que va más allá del tipo objetivo de la tentativa) y partiendo de una concepción del dolo eventual que no renuncia al elemento volitivo imprescindible en toda clase de dolo⁵⁴, la solución a la situación anterior aparece clara y se evitan las fricciones entre las distintas categorías: En los

⁵² TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», págs. 551 y ss.

⁵³ Entiendo que desde la concepción de los delitos de peligro abstracto de MIR PUIG como aquellos en los que se da una peligrosidad de la conducta (peligrosidad estadística) —DP, PG, pág. 210— cabría distinguir dos supuestos: Por un lado los casos en los que el sujeto es consciente de la peligrosidad estadística y además no la ha descartado en su caso concreto, en los que se daría tanto el delito de peligro abstracto como la tentativa con dolo eventual, debiendo aplicarse un concurso de leyes. Por otro lado, los supuestos en que el sujeto conoce el peligro estadístico pero lo descarta en el caso concreto, en los que, de no darse el resultado —requisito para poder castigar por culpa consciente— sólo se dará el delito de peligro abstracto.

⁵⁴ Los argumentos que a continuación se desarrollan tan sólo pueden ser entendidos, por supuesto, desde una concepción del dolo eventual que no prescinda del elemento volitivo. Sólo desde esta perspectiva puede entenderse que aunque efectivamente la producción del resultado puede ser una eventualidad respecto de la que el sujeto nada puede hacer una vez que ha realizado todos los actos que pueden llegar a

auténticos delitos de peligro abstracto el sujeto no tiene dolo eventual respecto de un posible resultado y por ello se han calificado por algunos autores como «tentativas imprudentes tipificadas»⁵⁵. En muchos delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la acción no es siquiera un elemento del tipo y no tiene que ser abarcado por el dolo del autor que debe limitarse a los elementos en los que el legislador basa su presunción de peligrosidad⁵⁶. Pero en aquellos tipos de peligro abstracto en los que la peligrosidad sí es un elemento del tipo («delitos de aptitud»),

producirlo, no recibe la misma valoración ni se infringe la misma norma en los casos en que el sujeto haya querido dicho resultado, aunque el grado de voluntad sea menor, pues solamente ha contado con la no absoluta improbabilidad de su producción (dolo eventual) y en aquellos otros en los que no lo ha querido, aunque hubiera llegado incluso a preverlo pero confiando en su no producción (imprudencia consciente). Véase WELZEL, *El nuevo sistema...* pág. 30

⁵⁵ Esta interpretación, que me parece muy sugestiva, es mantenida por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, págs. 6 y 7. El origen de los delitos de peligro está, en parte, como señala ésta autora, en la necesidad del adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito de las conductas imprudentes ante las limitaciones de la punición de la tentativa. La exigencia del dolo como elemento de la tentativa excluye el castigo de la tentativa imprudente, lo que obliga a la tipificación expresa como delitos de peligro de las conductas imprudentes sin resultado que se quieren castigar. En el mismo sentido LUZÓN PEÑA, *Curso...I*, pág. 428, CEREZO MIR, *Derecho penal, Parte general*, (Lecciones 26-40) pág. 119, el mismo, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, 1964, pág. 10. Una concepción totalmente distinta de los delitos de peligro abstracto mantiene KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1989, págs. 277 y ss.; el mismo, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 448, 449, que concibe todos los delitos de peligro abstracto como delitos con una lesividad genuina: el peligro abstracto es una forma de menoscabo de los bienes jurídicos igual que lo es la lesión, pero mientras ésta última consiste en la depreciación del bien, aquella supone que el no poder disponer de forma despreocupada de un bien hace que éste no sea racionalmente aprovechable en su totalidad.

⁵⁶ En los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris et de iure* de la existencia de peligro. La peligrosidad general de esa clase de acciones es la *ratio legis* de su criminalización, pero no es un elemento del tipo. Véase CEREZO MIR, *Curso...II*, págs. 111 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general, Nociones Introductorias. Teoría del delito/ 1*, 2ª ed., CIVITAS, Madrid, 1996, pág. 404; MATA Y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, COMARES, Granada, 1997, pág. 70; WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., de Gruyter, Berlín, 1969, pág. 63; STRATENWERTH, *Strafrecht*, 3ª, 1981, pág. 83; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 5. Auf., pág. 264; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, 1995, pág. 428; JAKOBS, *Strafrecht, AT I*, 2ª, pág. 174, marg. 88; el mismo, «Criminalización...» pág. 207, nota 20, ROXIN, *Strafrecht, AT*, 3. Aufl., págs. 355 y ss. margs. 127 y ss.; GRASSO, G., «L'anticipazione della tutela penale: reati di pericolo i reati di attentato» en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pág. 697; también KINDHÄUSER, «Acerca de la

el autor confiará en la no producción del resultado, y si éste llega efectivamente a producirse deberá responder por el delito imprudente que consumirá al de peligro⁵⁷. Si el autor que realiza la conducta peligrosa con conciencia y voluntad de tal peligrosidad, no confía en la no producción del resultado, sino que por el contrario cuenta con la posibilidad de su realización ya no estará cometiendo el delito de peligro abstracto de aptitud (una «conducta imprudente sin resultado expresamente tipificada») sino que estará realizando una tentativa del delito de resultado con dolo eventual.

5. *La voluntad de actuar*

Como ya he adelantado, dentro del segundo elemento del esquema trazado del tipo subjetivo de la tentativa podemos todavía distinguir entre lo que es la voluntad de realizar los actos ejecutivos pendientes y la mera «voluntad de actuar», comprendida en ella. También el elemento subjetivo trascendente presente en todo acto preparatorio y consistente en la intención de realizar el correspondiente delito —pasar a los actos ejecutivos— contiene este elemento llamado «voluntad de actuar».

legitimidad...», pág. 449, quien aunque parte de una concepción distinta de los delitos de peligro abstracto habla del «menoscabo de patrones de seguridad tipificados». Sólo en los llamados *delitos de aptitud para producir un daño* —sobre este concepto véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, pág. 311—, dentro de los delitos de peligro abstracto, puede verse como exigencia típica la peligrosidad de la acción. Como señala CEREZO MIR, *Curso...II*, págs. 115 y ss., únicamente, y por vía interpretativa, podría exigirse para todos los delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la acción, como defienden ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, págs. 73 y 115; LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 178-181; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 55; o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pág. 298, con la peculiaridad de que para esta autora la peligrosidad de la acción se identifica con la infracción del cuidado objetivamente debido.

⁵⁷ En ocasiones se califica erróneamente de delito de peligro abstracto a lo que en realidad es un delito de mera actividad pero de lesión de un bien jurídico antepuesto —sobre ello con mayor detenimiento véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...* págs. 166 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes contables... ob. cit.* págs. 270-271; BUSTOS RAMÍREZ y «Los bienes jurídicos colectivos» *ob. cit.*, pág. 160; ARENAS RODRIGÁNEZ, P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, EDESA, Madrid, 1992, pág. 148. En tales casos en que el delito de peligro abstracto cometido no es un auténtico y mero delito de peligro sino un delito de lesión de un bien jurídico colectivo deberá apreciarse un concurso de delitos con el delito imprudente cometido —véase también GIL GIL, A., «Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio» en *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, n.º 4, 1999.

Esta distinción es necesaria porque la doctrina exige la voluntad de actuar en toda clase de dolo. La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que es necesario distinguir la problemática de la tentativa con dolo eventual de la voluntad condicionada de realizar la acción⁵⁸. Es decir, es preciso distinguir los casos en los que el carácter eventual o condicionado de la voluntad recae sobre la acción, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de dolo eventual, en los que la voluntad de actuar no se halla condicionada. En opinión de la doctrina los casos de voluntad condicionada de realizar la acción sí constituyen un obstáculo insalvable para la realización de los tipos de imperfecta ejecución, pues mientras en los supuestos de dolo eventual el autor quiere realizar la acción pero no tiene la seguridad ni la voluntad directa de que a través de la misma se realice el tipo delictivo, en los supuestos de voluntad condicionada de actuar es la resolución del autor sobre si realizará o no la acción lo que se halla condicionado. La duda que se le plantea es la de si quiere o no realizar la acción, no ha decidido todavía si quiere actuar⁵⁹. Cuando el sujeto únicamente cuenta con la posibilidad de emprender una concreta acción no se trata de un dolo eventual, pues también el dolo eventual exige una voluntad incondicionada de actuar, sino que se trata por el contrario, de que falta la necesaria voluntad de actuar⁶⁰. Sólo cuando el sujeto ha tomado la resolución de voluntad de realizar todas las acciones capaces de integrar el tipo, es decir, capaces de constituir los actos ejecutivos que según su plan harían que la producción del resultado aparezca como no absolutamente improbable, puede hablarse de resolución delictiva y de dolo. Para que concurra el dolo eventual respecto del resultado, el autor tiene que querer la acción que posiblemente producirá el resultado. Si el sujeto no sabe aún si querrá la realización de dicha acción no puede decirse que acepta el resultado, o que cuenta con su producción⁶¹. Por lo

⁵⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 303; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...* págs. 34 y ss.; ROXIN, «Über den Tatentschluß», en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, München, 1978, págs. 148 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 521; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...* págs. 95 y ss. y en especial págs. 106 y ss.

⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», pág. 521. FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...* págs. 95 y ss. y en especial págs. 106 y ss.

⁶⁰ GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...* págs. 34 y ss. En el mismo sentido afirma JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 269, marg. 21, que el dolo eventual no se identifica con una voluntad condicionada, sino que el autor se da cuenta de que una consecuencia secundaria (es decir, una consecuencia que el autor no quiere como meta o como medio para alcanzar su meta) sólo se realizará eventualmente incluso si acaecen todas las consecuencias principales de un actuar querido incondicionadamente. El paréntesis y el subrayado han sido añadidos.

⁶¹ Como afirma ROXIN, «Über den Tatentschluß», págs. 152-153, constituye una confusión afirmar de alguien que todavía no sabe lo que quiere, que cuenta con la producción del resultado, el mismo, «Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch» en *Juristische Schulung*, 1979, Heft I, pág. 3.

tanto, es siempre necesario, con independencia del grado con el que el sujeto quiera el resultado, que quiera en sentido estricto, es decir, se halle resuelto a, (y no meramente «cuente con la posibilidad de») la realización de todas las acciones que pueden integrar los actos ejecutivos que prevé le llevarán a ese resultado.

En el concepto de voluntad condicionada de realizar la acción no se incluyen, sin embargo, los supuestos de «resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos» ni la «decisión con reserva de desistimiento», pues se entiende que en ambos supuestos existe realmente una «voluntad incondicionada de actuar»⁶², es decir, el sujeto se encuentra

⁶² Según la doctrina dominante, en estos casos no se trata ya de una voluntad de actuar condicionada que impide hablar de resolución delictiva, sino que, por el contrario, el fin o la posibilidad de realizar el hecho dependen de una condición externa, cuya concurrencia no depende de la voluntad del sujeto —véase ROXIN, «Tatentschluß und Anfang...», pág. 2—. Este autor no comparte, sin embargo, la doctrina mayoritaria, pues en su opinión la misma no es capaz de establecer una diferencia convincente entre los supuestos de «mera inclinación al hecho» declarados impunes y aquellos otros, considerados punibles, de «decisión basada en hechos hipotéticos» y de «resolución con reserva de desistimiento» —págs. 2 y ss.; el mismo «Über den Tatentschluß...», pág. 148—. En su opinión debe admitirse que existe resolución delictiva cuando los motivos que impulsan al autor a actuar son más fuertes que sus escrúpulos, aunque todavía tenga dudas. Su criterio me parece, sin embargo, de más difícil aplicación que el que critica. En primer lugar, habiendo basado su crítica en la innecesariedad de premiar al delincuente reflexivo que se reserva la última decisión tanto tiempo como sea posible frente al que toma su decisión más impulsivamente, con su criterio va a premiar al escrupuloso, vacilante o temeroso frente a aquél a quien sus tendencias internas le impulsan a la comisión del delito. En segundo lugar, es imposible medir la fuerza de los motivos que impulsan al sujeto a realizar el delito o a no realizarlo. Véase en el mismo sentido FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...* pág. 111. Y por otra parte, no creo que pueda hablarse de decisión parcial, o se está decidido o no se está decidido, por lo que quien «está decidido en un 90 %», simplemente no está decidido, en contra de lo que mantiene ROXIN, «Über den Tatentschluß...» pág. 160. El criterio que propone FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...* págs. 113 y ss., de que «cuando el autor se adentra en la fase ejecutiva demuestra que su impulso de voluntad es suficiente para dar lugar a la ejecución», necesita ser explicado, pues al hablar de fase ejecutiva se está prejuzgando el tipo subjetivo, que es precisamente lo que hay que demostrar. La mera realización parcial del tipo objetivo no demuestra en absoluto que exista una resolución delictiva, pues un acto no puede ser calificado de ejecutivo de un determinado delito si no conocemos la intención del autor, que es precisamente lo que aquí se trata de averiguar. Es por este enfoque erróneo por el que la voluntad condicionada no puede diferenciarse de la «decisión basada en hechos hipotéticos» y de la «resolución con reserva de desistimiento». Porque cuando se plantea el problema de «los casos en que el autor ha comenzado a trabajar en la consecución del delito, pero retarda su decisión para un momento posterior», se están analizando casos en los que se parte ya en la propia definición del supuesto de que existe una resolución delictiva: «el sujeto trabaja en el delito». Como correctamente afirma con posterioridad esta autora, sólo cuando el sujeto no trabaja en el delito, sino que su actuación tiene *para él* una finalidad diferente, no delictiva —o referida a un delito diferente, añadiría yo—, no habrá resolución ni ejecución de ningún delito —o no del delito concreto respecto del que no tiene finalidad—.

en estos casos resuelto a cometer la acción. La doctrina mayoritaria admite en ellos la existencia de voluntad de actuar, que nos permitirá después constatar la existencia de resolución delictiva a diferencia de lo que ocurre en los casos de «mera inclinación al hecho»⁶³. Así, afirma Jescheck⁶⁴ que quien decide la comisión del hecho, pero hace depender su realización de condiciones que no están en su mano, actúa con dolo⁶⁵. Pone como ejemplo de dolo de muerte la decisión del marido de matar a su mujer, que vive separada de él, en caso de que no quiera regresar con él. Tampoco afecta al dolo, añade Jescheck, la reserva de desistimiento para el supuesto de que el hecho punible resulte innecesario, y pone como ejemplo de tentativa de evasión de divisas la actuación del sujeto que pensando en el viaje al extranjero cose billetes de banco en los asientos de su automóvil en previsión de que la autorización correspondiente no llegara a tiempo.

Como he explicado, sin voluntad de actuar no hay resolución al hecho, pero sin embargo, la voluntad de actuar no agota el contenido del segundo elemento subjetivo de nuestro esquema. El elemento subjetivo referido a la realización de los actos ejecutivos —los que todavía faltan en la tentativa inacabada o todos en los actos preparatorios—, no se agota en la voluntad de actuar, sino que junto a ésta conforman dicho elemento la previsión y voluntad referida a otros componentes de los actos ejecutivos siguientes cuya concurrencia no depende de un actuar del sujeto, y que por ello mismo, pueden ser queridos únicamente con voluntad eventual. De esta manera llegamos a la conclusión de que, incluso en el caso de autor único, un futuro acto ejecutivo puede ser querido con voluntad eventual, puesto que el dolo eventual presupone igual que todas las clases de dolo, la voluntad de actuar⁶⁶. El sujeto podrá realizar un acto ejecutivo con dolo —o voluntad— eventual, cuando, teniendo voluntad de actuar, las consecuencias de su conducta que la convertirían en acto ejecutivo son previstas por él como consecuencias secundarias con cuya no absoluta improbabilidad de producción cuenta. Para que pueda calificarse de acto ejecutivo y pueda afirmarse la resolución delictiva, el sujeto debe actuar además con la voluntad de realizar todas las acciones que en su conjunto completarían los actos ejecutivos, contando con la no absoluta improbabilidad de que constituyan actos ejecutivos en el sentido mencionado, y por último con la previsión y contando con la no absoluta improbabilidad de que el conjunto de todos esos actos, es decir, la acción total, produzca el resulta-

⁶³ Véanse las opiniones recogidas por FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...*, págs. 99 y ss.

⁶⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, págs. 303-304.

⁶⁵ Véase en el mismo sentido GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...* págs. 35 y ss.

⁶⁶ JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 717, marg. 29; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...* pág. 34.

do delictivo. Sólo así tendremos el conjunto del tipo subjetivo: la resolución delictiva.

Por ejemplo: Una enfermera X quiere asesinar a un antiguo novio que la abandonó y que casualmente está ingresado como paciente en la sección del hospital en la que ella trabaja y elige como medio para ello sustituir el medicamento que el paciente debe recibir diariamente por vía intravenosa inyectándole en su lugar una sustancia mortífera. El antiguo novio comparte la habitación del hospital con otro enfermo que padece la misma dolencia y recibe diariamente la misma medicina. La enfermera X dispone dos frasquitos para preparar las inyecciones. Uno, depositado a la derecha, contiene la medicina, para el otro paciente, y el segundo, a la izquierda del anterior, contiene la sustancia mortífera para su ex-novio. Pero antes de que pueda llevar a cabo su plan aparece el médico realizando su ronda de visitas acompañado de una segunda enfermera Y. Mientras la enfermera X informa al médico sobre la evolución de los pacientes, la enfermera Y prepara las inyecciones que en teoría debieran ser iguales, utilizando los frasquitos dispuestos por X, y que externamente no se diferenciaban en nada, desechando los embases una vez llenadas las jeringuillas, sin que X haya podido ver en cuál de ellas había sido vaciado cada uno de los frasquitos. A continuación la enfermera Y se acerca al ex-novio y le inyecta el contenido de la jeringuilla. La enfermera X, para no verse descubierta, se ve obligada a hacer lo propio con el otro paciente, tomando la segunda jeringuilla preparada, que externamente era igual a la otra, sin saber, como ya hemos dicho, qué contenido ha ido a para a cada una, previendo, por tanto, la no absoluta improbabilidad de que le esté inyectando la sustancia mortífera y aceptando esta posibilidad y la de que con ello le cause la muerte. Si paralizamos la acción en un momento anterior a la inyección del contenido completo de la jeringuilla, en el que la dosis no fuera todavía capaz de causar la muerte, tendríamos que la enfermera X está en ese momento cometiendo una tentativa inacabada con dolo eventual⁶⁷ y que los actos ejecutivos hasta ahora cometidos y los que quedan por cometer son queridos con dolo (o intención) eventual.

⁶⁷ La tentativa es además idónea puesto que *ex ante* es imposible saber cuál de las dos jeringuillas contiene la sustancia mortífera, ya que los líquidos son externamente iguales y nuestra enfermera no ha podido seguir el camino que han llevado cada uno de ellos al ser introducidos en las jeringuillas. Por ello, cualquiera de las dos acciones consistentes en inyectar el contenido de cada una de las jeringuillas aparece *ex ante* como peligrosa, de cada una de ellas se puede prever *ex ante* la no absoluta improbabilidad de que cause la muerte del paciente al que se le inyecta. Sobre el concepto de tentativa inidónea aquí manejado véase CEREZO MIR, *Derecho Penal, Parte General, (Lecciones 26-40)*, pág. 128.

IV. El elemento volitivo de la intención referida al resultado externo al tipo objetivo que identifica la lesión del bien jurídico

Cuando se trata de un delito que se describe mediante una conducta capaz por sí sola de lesionar el bien jurídico y la intención de causar ese resultado lesivo del bien jurídico, de cuyo acaecimiento prescinde el tipo objetivo (estructura paralela a una tentativa acabada), basta respecto de ese resultado cualquier tipo de dolo⁶⁸.

A mi entender, todos aquellos autores que he citado en defensa de la exclusión del dolo eventual en estos delitos carecen de argumentos sólidos para ello, pues no puede entenderse como argumento válido el meramente gramatical, que además es discutible⁶⁹, ni tampoco consideraciones político-criminales no especificadas. La única fundamentación válida para la exclusión con carácter general del dolo eventual en estos delitos ha de provenir de la estructura de los mismos y del papel que en ellos juegue el elemento subjetivo.

En los delitos de resultado cortado en los que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado, como ya he señalado, la estructura valorativa viene a ser paralela a la de una tentativa acabada, pues el legislador ha querido otorgar una mayor protección al bien jurídico mediante el adelantamiento de la consumación formal. La única posibilidad de fundamentar razonablemente una determinada exigencia en el elemento volitivo referido al resultado externo al tipo objetivo en estos delitos exigiría partir de que la misma exigencia se predica de la tentativa, lo que nos llevaría a negar, con un sector minoritario, la identificación del dolo en la tentativa y en el delito consumado para después negar la posibilidad de cometer tentativa con dolo eventual⁷⁰.

⁶⁸ A la misma solución llegan JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 281, marg. 40, y STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 112, marg. 319, en el ejemplo del envenenamiento.

⁶⁹ En contra de una interpretación estricta para el término español «intención» que lo limite al dolo directo de primer grado véase CEREZO MIR, *Curso... II*, pág. 153.

⁷⁰ Sobre las diferentes opiniones doctrinales al respecto, véase FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...* págs. 68 y ss.; la misma, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, t. XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 263 y ss. Una exposición más reciente del estado de la cuestión en la doctrina española, alemana, italiana y portuguesa puede verse en TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», en ADPCP, tomo XLV, fasc. II, 1992, págs. 515 y ss. La negativa de este último autor a admitir la tentativa inacabada con dolo eventual que se relaciona con su concepción del tipo de la tentativa como un tipo incongruente por exceso subjetivo caracterizado por la presencia de un elemento subjetivo de lo injusto de intención trascendente: la voluntad de consumación —pág. 539 y 550— ha sido contestada *supra* en el texto.

Las distintas posiciones doctrinales que históricamente han intentado fundamentar la exclusión del dolo eventual en la tentativa han partido, por lo general, de la negación del mismo como auténtico dolo, o su limitación, sin que ello esté razonablemente fundamentado, al delito consumado. Otros autores limitan la punición de la tentativa con dolo eventual a algunos supuestos (fundamentalmente a los casos en que se ha producido un resultado de peligro) que les parecen merecedores de castigo, o que responden a las exigencias de determinadas concepciones del delito y de la tentativa. Sería muy largo exponer aquí cada una de estas posturas⁷¹ y de porqué ninguna de ellas me parece convincente. Baste, por ello, señalar que no puedo compartir todas aquellas posiciones que no consideran al dolo eventual auténtico dolo o que lo excluyen sin más de la tentativa al limitar ésta al sentido usual del lenguaje, que no coincide con el jurídico. Y sobre las últimas posturas expuestas coincido con Farré Trepát⁷² en que el problema que las mismas tratan es más general que el del dolo eventual, y se refiere a la punibilidad o no de la tentativa inidónea, problema al que debe darse la misma respuesta en caso de dolo eventual y de dolo directo.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia alemana y española admiten, en cambio, que la tentativa no precisa en general una clase especial de dolo, pudiendo cometerse con dolo eventual⁷³.

Por lo tanto, si no existe ningún motivo para excluir en la tentativa la posible comisión con dolo eventual tampoco lo habrá para excluirlo en un delito de resultado cortado, ya que, como hemos explicado, no se trata sino de «una tentativa tipificada como delito consumado», salvo que para un tipo determinado, argumentos adicionales de carácter sistemático, teleológico o de otra clase, indiquen claramente que la voluntad de la Ley ha sido excluir el castigo de la comisión con dolo eventual. Así pues, respecto del resultado que identifica la lesión del bien jurídico se puede afirmar su pertenencia a la finalidad (intención) que configura la acción, que materialmente supone todavía una tentativa pero que ha sido tipificada por el legislador como delito consumado, tanto si ese resultado es el fin perseguido por el autor, como si es una consecuencia necesariamente unida a la realización del fin, o si

⁷¹ Una exposición breve de las mismas puede verse en FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...*, págs. 81 y ss.

⁷² FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...*, págs. 93 y ss.

⁷³ Véase CEREZO MIR, *Derecho penal, Parte general, Lecciones 26-40*, pág. 119; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 515; ROXIN, «Über dem Tatentschluß», págs. 151 y ss.; ESER, § 22, marg. 17, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, pág. 342; JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2 Aufl. pág. 715, marg. 24; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa...*, págs. 78 y ss., recogiendo numerosas opiniones al respecto.

se trataba de una consecuencia prevista como posible y con cuya producción se cuenta⁷⁴, pues como bien advierte Lenckner⁷⁵, aunque luego no sea coherente con su propia reflexión, el objetivo del legislador no ha sido aquí limitar la protección del bien jurídico, sino por el contrario ampliarla adelantando la consumación, y como señala Puppe⁷⁶, el uso de términos como intención, viene exigido por necesidades lingüísticas y no puede interpretarse como un deseo del legislador de limitar tal protección.

Además, el hecho de que un determinado tipo contenga un elemento subjetivo trascendente de esta clase, es decir, una intención de causar el resultado lesivo del bien jurídico externo al tipo objetivo, no exige tampoco que la parte del tipo subjetivo congruente con el tipo objetivo, es decir, el dolo propiamente dicho, alcance un determinado grado volitivo, bastando por el contrario aquí también un dolo eventual.

Hemos afirmado que la voluntad de actuar exige que el autor quiera con voluntad directa (y no mera aceptación) la realización de todo aquello que depende exclusivamente de su voluntad, pero no es necesario que quiera con voluntad directa la concurrencia de aquellos elementos del tipo cuya concurrencia no depende ya de su voluntad y respecto de los cuales basta un mero «contar con», lo que permitirá la comisión de los actos ejecutivos con dolo eventual. Para poder decir que el sujeto cuenta con la producción del resultado delictivo habrá de querer la realización de la acción de la que aparece como consecuencia no absolutamente improbable ese resultado, es decir, habrá de querer la acción peligrosa, pero no olvidemos que estamos hablando de una peligrosidad *ex ante*. La peligrosidad *ex ante* significa que en el momento de dar comienzo a la ejecución de la acción la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable⁷⁷. Por ello, si en un delito de resultado cortado la peligrosidad de la acción viene caracterizada por un elemento cuya concurrencia no depende de un hacer del sujeto, la mera no absoluta improbabilidad de que dicho elemento concurra al realizar el sujeto la acción ya hace que la misma se configure *ex ante* como peligrosa, y si el sujeto cuenta con dicha concurrencia podemos afirmar la comisión del delito con dolo eventual.

Así, en el ej. propuesto por Jakobs⁷⁸ en relación al § 273, 1.^{er} grupo de casos del Código penal alemán, el sujeto debe perseguir en sentido

⁷⁴ Véase WELZEL, *El nuevo sistema...* págs. 26 y ss.

⁷⁵ LENCKNER, «Zum Begriff der Täuschungsabsicht...», pág. 1892.

⁷⁶ PUPPE, §15, *Nomos Kommentar*, pág. 63, margs. 148 y ss.

⁷⁷ CERREZO MIR, *Curso...*, II, págs. 113 y ss.

⁷⁸ JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2. Aufl., pág. 281, marg. 40

estricto presentar el documento como prueba en una situación probatoria, como bien afirma Jakobs, porque ello se identifica con la voluntad de actuar, pero, en mi opinión, respecto de la falsedad del mismo basta con que actúe con dolo eventual (que prevea la no absoluta improbabilidad de que sea falso y cuente con ella) para que pueda afirmarse la peligrosidad de su acción, su idoneidad *ex ante* para producir el resultado sobre el bien jurídico (la falsedad aparece *ex ante* como no absolutamente improbable)⁷⁹, y para poder afirmar que está resuelto al hecho de engañar al tribunal (resultado fuera del tipo que puede ser querido también con mera voluntad eventual⁸⁰), pues si el autor se dice: «yo presento el documento en juicio sea o no sea falso, porque es lo que me interesa para la consecución de otros fines y en el caso de que sea falso, lo que me parece no absolutamente improbable, cuento con la posibilidad de engañar al tribunal», se ha resuelto con dolo eventual a la comisión del hecho (realizar la acción que según su plan puede producir el resultado, con cuya eventual producción meramente se cuenta, de ocasionar engaño en el tribunal) para la eventualidad, que no depende de su voluntad de actuar y con cuya posible concurrencia cuenta, de que el documento efectivamente sea falso como él sospecha.

V. El elemento volitivo en la intención referida a la realización de actos posteriores. La intención como voluntad de actuar.

Como ya detectó Gehrig, en los delitos mutilados de varios actos la intención va referida a la realización de los actos posteriores y se identifica, por tanto, —aunque, como veremos, no exclusivamente— con la voluntad de actuar⁸¹.

En los delitos mutilados de dos actos que se describen como un acto preparatorio y la intención de realizar otro ejecutivo⁸² lesivo del bien jurídico (por ej. la falsificación de moneda con la intención de ponerla en

⁷⁹ Si la falsedad apareciese *ex ante* como absolutamente improbable y únicamente no lo fuese a los ojos del autor, estaría cometiendo una tentativa inidónea impune en el Código penal español de 1995.

⁸⁰ JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., pág. 281, marg. 40, afirma también que el sujeto debe perseguir el uso del documento en una situación probatoria pero no tiene que perseguir (es decir, no tiene que querer con dolo directo) el resultado de engaño. El paréntesis aclaratorio es de la autora.

⁸¹ Véase supra la nota 28.

⁸² Puesto que parto, siguiendo a mi maestro CERREZO MIR, *Derecho penal Parte general*, (Lecciones 26 a 40), pág. 120, del concepto objetivo formal de «actos ejecutivos» de BELING, completado con la teoría de la unidad natural de FRANK, — lo que enlaza

circulación) el concepto de intención se refiere, en principio, al emprendimiento del segundo acto, por lo que hay que entenderlo como voluntad de actuar⁸³. Si al realizar la conducta típica el sujeto contempla como no absolutamente improbable que se decida a realizar las posteriores a las que se refiere la intención recogida en el precepto, pero todavía no se ha decidido a ello, no puede hablarse de una resolución delictiva. Sólo cuando el sujeto ha tomado la resolución de voluntad de realizar todas las acciones a las que se refiere la intención (por ej.: poner la moneda en circulación), y que en el plano valorativo se corresponderían con el comportamiento capaz de integrar los actos ejecutivos (si se hubiera tipificado como un delito prototípico en el que el resultado material identifica a la lesión del bien jurídico, es decir, por ej.: «el que haga circular moneda falsa») que harían que la producción del resultado valorativo (lesión del tráfico monetario) apareciese como no absolutamente improbable, puede hablarse de resolución delictiva. Así, en principio, en caso de autor único, éste debe realizar el acto preparatorio que consuma el delito (la falsificación de moneda), estando ya decidido a realizar el segundo (ponerla en circulación), pues de lo contrario, mientras el sujeto duda sobre que hará con la moneda falsa, contemplando como una posibilidad entre otras la de ponerla en circulación, no tiene ningún sentido hablar de acto preparatorio ya que no hay voluntad de actuar, lo que nos impedirá hablar de resolución delictiva⁸⁴.

con mi concepción formal (en el sentido de referida a la realización típica y no al bien jurídico) de la tentativa y de la consumación (véase la nota 8) sólo podremos hablar de actos ejecutivos con propiedad en los casos de tentativa y de actos preparatorios, pues en ambos el elemento subjetivo se refiere a la realización de actos posteriores que están tipificados como delito. En los delitos mutilados de varios actos, en cambio, tanto si materialmente —respecto de la lesión del bien jurídico— se corresponden con lo que sería una estructura de tentativa inacabada como si representan meros actos preparatorios, debemos considerar actos ejecutivos a los recogidos en el tipo objetivo de dichos delitos. Sin embargo, esos actos posteriores que vienen indicados por el elemento subjetivo, aun cuando es posible que estén tipificados también como delito autónomo o que el legislador haya prescindido de ello —en especial cuando se ha castigado como delito consumado lo que materialmente es una tentativa inacabada—, siguiendo el paralelismo que venimos estableciendo, se corresponden con lo que serían los «actos ejecutivos» en un delito prototípico, en el que el resultado material identificara al bien jurídico, y los actos que viene directamente a lesionarlo son los que han sido recogidos en el tipo objetivo. Por ello utilizaremos a partir de aquí en ocasiones el término actos ejecutivos en un sentido no propio, que sería para nosotros el formal, referido a la realización típica, sino por su correspondencia material o valorativa con lo que un acto ejecutivo representa en el delito prototípico.

⁸³ GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff...* pág. 35 y pág. 162.

⁸⁴ A esta misma consecuencia llega JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2. Aufl., págs. 280 y ss. marg. 40. En sentido similar también GEHRIG, *Der Absichtsbegriff*, págs. 33 y ss. y pág. 163. Así también STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 112, marg. 318, cuando, a pesar de afirmar con carácter general la suficiencia del dolo eventual de realizar o facilitar la

Pero, como ya he explicado, todas las clases de dolo (o de intención cuando el tipo objetivo es más corto que el subjetivo) presuponen la voluntad de actuar, y el elemento subjetivo referido a la realización de los actos ejecutivos —los que todavía faltan en la tentativa inacabada o todos en los actos preparatorios—, con el que se identifica la intención de los delitos mutilados de dos o varios actos, no se agota en la voluntad de actuar, sino que junto a ésta conforman dicho elemento la previsión y voluntad referida a otros componentes de los actos ejecutivos siguientes cuya concurrencia no depende de un actuar del sujeto, y que por ello mismo, pueden ser queridos únicamente con voluntad eventual, como hemos visto en el ejemplo de la enfermera. Este esquema puede trasladarse a los delitos mutilados de varios actos, de modo que si bien es cierto que la intención de realizar el segundo acto presupone en ellos la voluntad de actuar respecto del segundo acto y que por ello, si al realizar la primera acción el sujeto no tiene voluntad de realizar la segunda no puede afirmarse la intención, una vez constatada esta intención la segunda acción puede ser querida con voluntad eventual, salvo que la misma quede excluida por otros argumentos⁸⁵, pues la voluntad o el dolo eventual presuponen la voluntad de actuar, y el mero contar con la no absoluta improbabilidad se extiende únicamente a aquellos elementos que no dependen de la voluntad de actuar del sujeto, por lo que, tal y como hemos visto en el ejemplo de la enfermera, los «actos ejecutivos» pendientes pueden ser cometidos con voluntad eventual.

Para comprobarlo solo tenemos que imaginar un tipo en el que el legislador hubiera adelantado la consumación formal al estadio de tentativa inacabada o hubiese tipificado como delito lo que materialmente no es sino un acto preparatorio incluyendo en el precepto un elemento subjetivo trascendente o intención referida a la realización de los actos ejecutivos siguientes y en el que el hecho de que la acción querida por el sujeto (es decir, respecto de la cual tiene voluntad de actuar) sea capaz de integrar esos actos ejecutivos depende de una cualidad de la misma independiente ya de la voluntad de actuar del sujeto y cuya presen-

segunda acción, el ej. que pone para ello es, o bien el de falsificación de moneda («delito-acto preparatorio más intención») con concurrencia de dos personas, con lo que ya no se trata de la voluntad de actuar como se explica a continuación en el texto y en la nota 87, o bien el de envenenamiento («tentativa acabada») mientras que añade que, cuando el sujeto no se ha decidido sobre si quiere o no realizar la segunda acción, todavía no tiene dolo, lo cual es cierto puesto que le falta un elemento esencial de toda clase de dolo: la voluntad de actuar. También pone un ejemplo del tipo «acto preparatorio más intención concurrente en una segunda persona» (falsificación de documentos) para defender la admisión de dolo eventual y que por tanto no es el supuesto que aquí analizamos HERZBERG, «Die Problematik...», pág. 95.

⁸⁵ Véase la nota 86.

cia aparece como no absolutamente improbable en el momento en que éste se dispone a comenzar la acción. Encontrar tipos que se puedan encuadrar claramente en esta categoría no es fácil, porque el legislador normalmente, en aquéllos casos en que describe la capacidad de esa segunda acción para causar el resultado sobre el bien jurídico mediante la mención de una determinada cualidad que define la peligrosidad de la acción, suele exigir que quien realice esa segunda acción conozca tal cualidad, lo que nos coloca de nuevo en el problema de si la utilización de los términos «a sabiendas», «con conocimiento», etc. excluye o no un dolo eventual⁸⁶. Sin embargo, podemos idear alguna hipótesis. Así,

⁸⁶ En realidad en una gran mayoría de delitos mutilados de varios actos de estructura paralela a una tentativa inacabada o a actos preparatorios, el legislador ha incluido expresamente determinados términos como «a sabiendas», «conociendo su falsedad», «sabiéndola falsa» u otros que en opinión de algunos autores viene a excluir el dolo eventual respecto de la concurrencia de tales elementos al exigirse el efectivo conocimiento de su presencia —véase por ej. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, Parte Especial*, págs. 644, 646; en contra de un rechazo automático del dolo eventual en las falsedades documentales véase QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1094—. Ahora bien, que la utilización de los términos «a sabiendas», «sabiendo su falsedad», «constándole su falsedad», u otros deba interpretarse como una exclusión del dolo eventual, requiere en mi opinión una fundamentación más allá de la meramente gramatical. La mera interpretación gramatical de dichos términos, podría parecer en principio útil. Los términos mencionados parecen hacer alusión exclusiva al elemento intelectual del dolo cuyo grado mínimo es común a todas las clases de dolo. Pero si el legislador exige un grado de conocimiento por encima del que exige generalmente para todas las clases de dolo, es posible que ese aumento del grado de conocimiento excluya la posibilidad de un mero «contar con» la concurrencia de ese elemento del tipo para pasar a un quererla con voluntad directa de primer o de segundo grado. El que sabe con certeza que el documento que presenta es falso no puede ya meramente contar con la eventualidad de que sea falso pues sabe que tal eventualidad no existe sino que es una realidad que por lo tanto pasa a abarcar con su voluntad directa. Sin embargo, no creo que pueda afirmarse que en todos los casos en los que el legislador utiliza el término «a sabiendas», está queriendo exigir un grado de conocimiento especial y con ello excluyendo el dolo eventual —en este sentido, con argumentos muy convincentes, CEREZO MIR, *Curso II*, págs. 153 y ss.—. Por otro lado, no todos los delitos mutilados de varios actos contienen este tipo de cláusulas —véase por ej. el art. 386. 2.º y el 386. 3.º, 2.º párrafo, primer supuesto— aunque también en relación a estos delitos pueden existir argumentos de tipo sistemático, teleológico, etc. que excluya la realización del tipo cuando el autor meramente contaba con la posibilidad de la concurrencia de ese elemento. Así, por ej. si no se castiga al que ha recibido moneda falsa de buena fe, salvo si la expende una vez que le consta su falsedad (art. 386), no parece que debiera castigarse a quien recibió esa moneda falsa en el extranjero y la introduce en el país sin constarle su falsedad, aunque tenga dudas sobre la autenticidad de la misma y cuente con la posibilidad de que efectivamente le hayan engañado, y tenga la intención de expendirla o ponerla en circulación, y lo mismo puede defenderse en el supuesto de la tenencia de moneda falsa, partiendo siempre, claro está, de que efectivamente el término «sabiéndola falsa» del 386. 3.º, segundo párrafo, segundo supuesto, haya de interpretarse como excluyente del dolo eventual, lo que, como ya he dicho, no me parece absolutamente claro.

por ej., el farmacéutico M que, conociendo que la composición de un medicamento ha sido alterada al haber sido mezclado con una sustancia más barata, lo que sin duda mermará su eficacia terapéutica, exhiba dicho medicamento con el propósito de expendirlo, cometerá el delito del art. 362. 3.º únicamente si el preparado es idóneo para poner en peligro la vida o la salud de las personas, cualidad cuyo conocimiento seguro ya no exige el tipo, por lo que el farmacéutico puede haberla meramente previsto como no absolutamente improbable y contar con dicha probabilidad. M debe exhibir el medicamento (acto materialmente preparatorio) con el conocimiento de que ha sido alterado privándole parcialmente de su eficacia, y con la intención de expendir un medicamento del que prevé como no absolutamente improbable que sea peligroso para la vida o la salud, probabilidad con la que cuenta. La venta del medicamento peligroso es querida con dolo eventual, donde la eventualidad se refiere no al deseo de realizar esa segunda acción (vender), pues si así fuera no habría voluntad de actuar, sino a la eventualidad de que lo vendido sea peligroso, es decir, a la eventualidad, con la que se cuenta, de que la acción querida integre el «acto ejecutivo», en el sentido de lesivo del bien jurídico (vender medicamentos peligrosos).

Que el sujeto puede tener voluntad de actuar y sin embargo querer la realización del acto posterior al que se refiere la intención con un grado volitivo equivalente al del mero dolo eventual se ve también claro en el supuesto de varios autores en el que uno realiza un acto ejecutivo o preparatorio y otro tiene la intención de realizar los demás actos ejecutivos (que deberán llevar a la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado). En tal caso, el sujeto que realiza un acto ejecutivo o preparatorio debe conocer que otro u otros sujetos tienen la intención (voluntad de actuar, y por lo tanto no condicionada) de proseguir los actos ejecutivos, aunque él personalmente coopere en el hecho con dolo eventual, es decir, aunque él no quiera como meta directa sino que solamente cuente con la posibilidad de que los demás efectivamente prosigan la ejecución del plan⁸⁷. Esta conclusión se deriva de la distinción que hemos hecho entre la voluntad de actuar y el dolo eventual. Si hemos admitido que el sujeto debe tener voluntad de realizar el

⁸⁷ Así también JAKOBS, en un delito mutilado de dos actos consistente en un acto preparatorio y la intención de realizar otro ejecutivo y lesivo del bien jurídico, entiende que basta con que el que actúa tenga dolo eventual de participar en el plan del teórico autor del segundo acto con el conocimiento de que éste segundo ha decidido con voluntad directa la realización del mismo. En el mismo sentido GEHRIG, *Absichtsbegriff*, págs. 79 y ss. y pág. 92. En este supuesto se incluyen también los ejemplos de falsificación propuestos por STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 112, marg. 318 y HERZBERG, «Die Problematik...», pág. 95, y a los que ambos autores dan esta misma solución aquí propuesta —véase supra la nota 84—.

segundo acto o todos los actos que faltan en la tentativa inacabada para que la producción del resultado aparezca como no absolutamente improbable pero basta con un dolo eventual respecto de la efectiva realización de tales actos y respecto de la producción del resultado (basta con un «contar con» respecto de todos aquellos elementos que no dependen de la voluntad de actuar del sujeto y que convierten esa conducta querida en conducta ejecutiva), también bastará con que el sujeto conozca la voluntad de actuar de sus codeincentes (lo que se deriva además de la exigencia del acuerdo de voluntades), aunque tenga dolo eventual respecto de la efectiva actuación de los mismos⁸⁸. Así se solucionan los supuestos del que, por ej., falsifica moneda o documentos por dinero, sabiendo que el que compra esa moneda o documentos falsos tiene intención de utilizarlos, pero sin un interés directo en la efectiva utilización de los mismos⁸⁹.

⁸⁸ No encuentro ningún motivo para exigir un determinado grado de voluntad en el dolo del coautor o del partícipe respecto de la ejecución de su parte por los demás codeincentes para poder hablar de acuerdo de voluntades. Si bien el que mediante una conducta imprudente favorece la comisión de un delito doloso únicamente puede ser considerado autor de un delito imprudente —CEREZO MIR, *Derecho penal, Parte general, Lecciones 26—40*, pág. 149— el que participa con dolo eventual habrá de ser considerado necesariamente partícipe en el delito doloso. Admite la codeincentencia mediante dolo eventual GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pág. 322; también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, AT, Teilband II*, 7. Aufl., págs. 326 y ss., margs. 63 y ss.

⁸⁹ Véase la nota 87.