



¿TIPICIDAD SIN TIPO SUBJETIVO? SOBRE LO INESCINDIBLE DEL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO EN TEORÍA DEL DELITO

A CONCEPT OF TYPE OF CRIME WITHOUT MENS REA? ON THE INSEPARABLENESS OF ACTUS REUS AND MENS REA IN CRIME THEORY

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Universidad de Extremadura

Recibido: 17/10/2020

Aceptado: 18/12/2020

RESUMEN

Ni el observador objetivo ex ante ni los conocimientos especiales del autor mediante los que la doctrina de la imputación objetiva pretende resolver en el plano objetivo el problema de la imputación penal, permiten prescindir del tipo subjetivo que, en el mismo plano que el tipo objetivo (en el que la doctrina de la imputación objetiva juega un papel decisivo), forman una unidad inescindible sólo separable a efectos analíticos.

Ni el delito imprudente permite prescindir de las representaciones subjetivas del autor (tipo subjetivo de imprudencia) ni el delito doloso soporta la llamada normativización del dolo que lo reduzca a peligro objetivo elevado representado, prescindiendo de la representación subjetiva (psicológica) de la presencia de un peligro objetivo elevado.

De la misma forma que en su día fue imposible configurar de manera netamente separada la exigencia de un desvalor-acción y un desvalor-resultado, que constituyen una unidad inescindible, los últimos desarrollos de la doctrina de la imputación objetiva muestran sus dificultades insalvables a la hora de separar imputación objetiva e

imputación subjetiva, que relegue esta última a un plano secundario, sólo relevante a efectos de medir la culpabilidad por un injusto acotado de forma puramente objetiva.

Palabras clave: Observador objetivo ex ante. Infracción objetiva de cuidado. Infracción subjetiva de cuidado. Tipo subjetivo de imprudencia. Imputación objetiva del resultado. Normativización del dolo. Dolo e imprudencia como acción. Dolo como intencionalidad. Conocimientos especiales. Desvalor-acción. Desvalor-resultado. Elemento objetivo del injusto. Elemento subjetivo del injusto. Naturalismo. Normativismo. Injusto como referencia de la culpabilidad.

ABSTRACT

Neither the objective ex-ante observer nor the perpetrator's special knowledge, by which the doctrine of objective imputation aims to solve the problem of criminal imputation on the objective level, allow to dispense with the mens rea that, on the same level as the corpus delicti -in which the doctrine of objective imputation plays a decisive role-, form an inseparable unity that can only be separated for analytical purposes.

Neither the reckless crime allows to dispense with the subjective representations of the perpetrator (mens rea of recklessness) nor does the intentional crime support the so-called standardization of intent that reduces it to a representation of a high objective danger, regardless of the subjective (psychological) consciousness of the presence of a high objective danger.

In the same way that formerly it was impossible to configure the requirements of a Handlungsunwert and an Erfolgswert in a clearly separate way, because both form an inseparable unity, the latest developments of the doctrine of objective imputation show its insurmountable difficulties when it comes to separating objective imputation and subjective imputation, relegating the latter to a secondary level, only relevant for the purpose of gauging guilt for an illicit act limited in a purely objective way.

Keywords: Ex ante objective observer. Objective infringement of care. Subjective violation of care. Mens rea of recklessness. Objective imputation of the result. Standardization of intent. Intent and recklessness as action. Intent as intentionality. Special knowledge. Handlungsunwert. Erfolgswert. Objective element of an illicit act. Subjective element of an illicit act. Naturalism. Normativism. Illicit act as a reference to guilt.

Sumario: 1. Introducción. 2. La tentación de prescindir del tipo subjetivo: Jakobs. 3. La alerta frente a la tentación de prescindir del tipo subjetivo: Björn Burkhardt. 4. lo insostenible del intento de fundamentar la tipicidad sólo en lo objetivo: Wolfgang Frisch. 5. La ambigüedad de la distinción entre lo general y lo individual: Eberhard Struensee. 6. La imprudencia como acción. 7. Conclusión sobre la necesidad y el significado de reconocer un tipo subjetivo de imprudencia. 8. Dolo como conocimiento de un peligro cualificado: Ingeborg Puppe. 9. Dolo como acción. 10. Dolo como intencionalidad. 11. El elemento subjetivo como criterio de normativización de la teoría del delito. 12. ¿Conocimientos especiales o tipo subjetivo?: Luis Greco. 13. El elemento subjetivo como garantía de la culpabilidad en la teoría del delito. 14. El elemento subjetivo como exigencia de la función preventiva del derecho penal (injusto de tentativa). 15. Elemento objetivo y elemento subjetivo del tipo y sistema de Derecho penal. 16. Resumen final. 17. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los frutos de la hegemonía de la doctrina de la imputación objetiva en el último cuarto del siglo XX y primeros años del siglo XXI ha sido el de acotar el peligro de lesión del bien jurídico conforme al fin de la norma que quiere prevenirla de manera cada vez más concreta, lo que ha llevado a sus defensores a asumir sin contradicciones que el peligro no deja de ser objetivo aún en el caso de que se trate de un peligro que sólo el autor se haya podido representar, y no otro en su lugar que no poseyera los conocimientos especiales de aquél.

Basta poner el acento en la situación particular a la que le permiten al autor acceder los conocimientos especiales que posee, para poder mantener sin contradicción que el peligro creado por ese autor en virtud de sus conocimientos es el peligro objetivo que crea cualquiera que actuase igual que él, teniendo sus mismos conocimientos.

De premisa tan elemental se han derivado consecuencias tan diversas como la subjetivación o individualización del deber de cuidado en la imprudencia, que alojada en la tipicidad o en la culpabilidad, sostienen muchos autores (con independencia de que muchos de ellos, también, exijan previamente la infracción de un cuidado objetivo), como asimismo, por el otro extremo, la llamada normativización del dolo, según la cual, éste, lo que contiene es la representación

de un peligro cualificado, que permite prescindir de cualquier consideración de carácter psicológico (hasta la voluntad se normativiza en función de lo elevado del riesgo creado por el autor del comportamiento doloso).

No es de extrañar, por tanto, que, de una forma u otra, de manera implícita o explícita, hayan comenzado a elevarse voces reclamando que la tipicidad la agota al completo el tipo objetivo, quedando el tipo subjetivo relegado a un segundo plano, innecesario para configurar la tipicidad, relevante sólo para la culpabilidad mayor o menor; mayor en el delito doloso y menor en el imprudente.

Pero tampoco sorprende que la objetivación del injusto propiciada por el éxito de la doctrina de la imputación objetiva, sobre todo tras la “objetivación” de los conocimientos especiales, haya sido la “gota que colma el vaso” y lleva a algunos, cada vez a más, a reivindicar un tipo subjetivo de imprudencia donde se ubicaría la previsibilidad individual del peligro que desembocó en el resultado y hace incluso innecesaria por redundante la previsibilidad objetiva tradicionalmente caracterizadora de la imprudencia. Con lo que se comienza a reconocer la existencia del tipo subjetivo de imprudencia que reivindicó hace más de treinta años STRUENSEE¹ desde el finalismo.

A continuación se pasará revista a posicionamientos doctrinales representativos de los hitos sobre el destino del tipo subjetivo en la teoría del delito en la época de la hegemonía de la doctrina de la imputación objetiva, como antesala de una tesis que sostiene que tipo objetivo y tipo subjetivo (culpabilidad, si se quiere: infracción subjetiva del deber de cuidado) van referidos a una acción, a cuya luz todo encaja: principalmente 1) imputación del resultado a título de dolo o imprudencia, 2) distinción entre el dolo y la imprudencia (especialmente: voluntad de evitación) y 3) significado de la intencionalidad como forma del dolo.

Para llegar a la conclusión, que lo resume todo, de que el injusto como acción (objetiva y subjetivamente configurada) permite matizaciones sobre la

1 Eberhard Struensee, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, *Juristenzeitung*”, («El tipo subjetivo del delito imprudente» [trad. Joaquín Cuello Contreras], *Anuario de Derecho penal* (1987): 423 ss.).

imputación penal que la imputación objetiva no permite; sin menoscabo de lo que esta doctrina aporta a la teoría del delito.

Se intenta responder también a la posibilidad o no de superar la antinomia², o al menos de explicarla, que ha dividido y divide a la doctrina en torno al elemento objetivo y el elemento subjetivo en la teoría del delito.

2. LA TENTACIÓN DE PRESCINDIR DEL TIPO SUBJETIVO: JAKOBS

En *Sociedad, norma y persona*³, JAKOBS, desde su concepción funcional del derecho penal, que concibe al sujeto inmerso en lo social, entiende que la imputación penal no lo es al *sujeto* sino a la *persona* que constituye el sujeto mediado por lo *social*⁴. De ahí su concepción de la imputación objetiva como imputación por el *rol* que la persona tiene asignado en la sociedad; en tanto que la imputación subjetiva, que es la que ahora nos interesa, no es subjetiva sino *personal*, para poner de relieve que el sujeto es insondable y no interesa al Derecho en su peculiaridad, impropia de un sistema social donde la mayor parte de los contactos son anónimos, obligando a valorarlos conforme a *estándares objetivos*⁵. De ahí, también, sus consecuencias sobre el dolo, su relevancia en derecho penal, que JAKOBS cuestiona poniéndola bajo el signo de interrogación⁶.

2 Vid. al respecto, Joaquín Cuello Contreras, “Falsas antinomias en la teoría del delito”, *Anuario de Derecho Penal* XLIV-III (1991-III): 791 ss.

3 Jakobs Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), 1996. (El desarrollo pormenorizado de esta tesis sobre el dolo que Jakobs ha realizado hace unos meses [*Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020] no he podido desgraciadamente tenerlo en cuenta.) En la misma línea, siguiéndole, Manuel Cancio Meliá, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?»”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater* coordinado por Jacobo Barja de Quiroga y otros, (vol. I, 2004), 57 ss., 62 ss., 74 ss. Simpatiza con la idea de suprimir la distinción tipo objetivo-tipo subjetivo, refundiéndolos en imputación objetiva, o, mejor, normativa, que tendría en cuenta las capacidades especiales e individuales del autor, manifestadas como dolo e imprudencia, que dejaría casi vacío de contenido al tipo subjetivo, Patricia Esquinas Valverde, “Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal”, *Cuadernos de Política criminal*, 118-1, época 2ª (2016): 185 ss., 229 s., 234 s., con amplia revisión bibliográfica de la cuestión.

4 Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, 29 ss., 50 ss.

5 Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, 50 s.

6 Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*, 55.

Los conocimientos individuales característicos del dolo en la concepción tradicional carecen de relevancia en un derecho penal funcionalista, pues remiten al hecho psíquico propio del naturalismo superado por el funcionalismo. JAKOBS lo ejemplifica, comparándolo con la conciencia de la antijuridicidad, que el derecho penal sí ha adaptado al funcionalismo, midiéndola conforme al criterio de la evitabilidad⁷.

Lo importante es que el autor pudo evitar, en función del estándar normativo, el desconocimiento de la antijuridicidad que sufrió, no el conocimiento de ella (de la antijuridicidad) que tuviera en el momento del hecho. Ese paso, es el que el ordenamiento jurídico no ha querido dar aún con el dolo, procediendo a establecer una distinción entre el dolo y la imprudencia, con consecuencias penales distintas, en función de los conocimientos (que remiten al psiquismo individual naturalista) del autor, en lugar de atender a lo que se haya esforzado o no por atenerse a lo socialmente adecuado⁸.

Ejemplo de JAKOBS⁹: Mientras que el operario que esparce el alquitrán en la calle sin pararse a pensar en la suciedad que desparrama sobre los circundantes, va a responder todo lo más por daños imprudentes, el operario que pone más cuidado en no manchar, pero es consciente de que puede hacerlo, responderá por dolo, a pesar de ser su conducta, medida conforme a un criterio normativo, menos grave. Si en lugar de un delito de daños, pensamos en un delito de homicidio, se comprenderá mejor la importancia del desfase.

Conclusión de JAKOBS¹⁰: El desconocimiento que tiene su origen en la indiferencia a lo que puede suceder como consecuencia de lo que se quiere, no debe premiarse, frente a quien sufre un defecto de cálculo, consecuencia de un error de planificación de su conducta, de la que el mismo afectado es el primer perjudicado (*poena naturalis*). Con lo que se justifica desde el punto de vista cognitivo que el autor del comportamiento imprudente no merece pena, o no tan grave.

7 Jakobs, Sociedad, norma y persona..., 55 s.

8 Jakobs, Sociedad, norma y persona..., 56.

9 Jakobs, Sociedad, norma y persona..., 57 s.

10 Jakobs, Sociedad, norma y persona..., 58.

Valoración crítica:

Es posible proceder a la normativización de los conceptos básicos de la teoría del delito, como la acción (competencia), el dolo, la tentativa o la participación¹¹. Lo único que ocurre es que para dotar de contenido concreto a la imputación normativa, la mayor o menor gravedad de la imputación se fundamentará, entre otros criterios, en elementos que apelan a los datos psíquicos del naturalismo, como la *representación* de mayor o menor peligro que se desencadenará al actuar, o la *dirección a evitar*, para la imputación a título de dolo o de imprudencia, o las exigencia de *intencionalidad* (por no hablar de la cuestión del desvío), la “*cantidad*” de lo aportado, con criterio naturalístico, para la distinción normativa entre coautoría y complicidad, o la *dirección del plan* a un resultado real o supersticioso para distinguir entre tentativa y delito putativo.

Todo lo cual requiere contrastar lo realmente ocurrido mediante una consideración naturalística con lo normativamente esperado; por lo que no se puede prescindir del naturalismo, aunque se impute con criterio normativo. Con lo que también en el normativismo el elemento subjetivo juega un papel esencial para la imputación.

3. LA ALERTA FRENTE A LA TENTACIÓN DE PRESCINDIR DEL TIPO SUBJETIVO: BJÖRN BURKHARDT

En *Sistema integral de Derecho penal*¹² procede BURKHARDT a una crítica demoleadora de la figura del observador objetivo *ex ante* sobre la que se construye la doctrina de la imputación objetiva inspirada por ROXIN y hegemónica en Alemania, hasta ahora, sosteniendo que ofrece *dificultades y absurdos* que afectan a su mismo *concepto y ubicación sistemática*¹³.

11 Vid al respecto, Joaquín Cuello Contreras, “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, *Revistas Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-01 (2006): 12 ss. <http://criminet.ugr.es/recpc>

12 Björn Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo” (trad. Nuria Pastor Muñoz), en *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la penas y proceso penal* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 152 ss.

13 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 153.

El peligro creado y materializado en el resultado, eje de su definición del tipo objetivo del delito de resultado, pareciera ir referido a un cambio de la realidad exterior, independiente de cualquier juicio sobre el mismo. Sin embargo, se afirma en seguida que se trata del producto de un juicio de peligro *ex ante*, llevado a cabo por un observador objetivo en lugar del autor. Y que forma parte también del tipo objetivo del delito doloso; por más que la conducta dolosa pareciera ya lo suficientemente peligrosa¹⁴

Por otro lado, la exigencia de un peligro objetivamente cognoscible *ex ante*, cierra el paso a la consideración de los conocimientos especiales del autor y a los disponibles sólo *ex post*, si bien algunos defensores de la doctrina admiten los primeros; aunque reconociendo la mezcolanza que ello supone¹⁵.

Incluso el expediente del juicio objetivo-individual¹⁶, como salida, tampoco resuelve nada, pues con él habría que concluir que los conocimientos especiales son relevantes cuando el riesgo no fuese cognoscible para el observador objetivo sí lo fue para el autor; con lo que en algunos casos la cognoscibilidad individual sería constitutiva del tipo objetivo. Pero, puesto que la cognoscibilidad individual es también la relación exigida en el tipo de imprudencia, si faltó, no habrá imprudencia, con lo que sería ociosa la cognoscibilidad del observador objetivo.

En suma, la teoría de la imputación objetiva, basada en el observador objetivo *ex ante*, de cuyo juicio no depende la imputación (ni en el delito doloso ni en el delito imprudente de resultado), es *antieconómica* para el sistema¹⁷.

Es cierto que la mejor forma de definir la conducta inadecuada para los bienes jurídicos es la que los pone en peligro. Pero casa mal la prohibición de un peligro objetivo *ex ante* con la ausencia de peligro objetivo *ex post*. Es más apropiado enjuiciar bien desde la perspectiva objetiva *ex post* bien desde la perspectiva subjetiva del autor¹⁸. Lo que no impide seguir utilizando el modelo del hombre

14 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 154 ss.

15 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 158 s.

16 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 160 s.

17 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 165.

18 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 167.

razonable, no para determinar el peligro creado sino su desaprobación (riesgo no permitido), tampoco exenta de dificultades, pues el juicio del hombre razonable aplicado al grado de peligro no tolerado ya, a que se acude frecuentemente, se mezcla con la cuestión del cuidado interno, siendo ahí donde reside la fuente de confusión entre lo objetivo y lo subjetivo del concepto actual de imprudencia¹⁹.

Puesto que es en la imprudencia donde más presente está la figura del observador objetivo *ex ante*, será en ella donde mejor comprobar sus contradicciones y verificar el concepto simple o individual de imprudencia²⁰.

Definida la imprudencia como “valoración errónea que se debe a una falta de cuidado debido”²¹, lo primero que conviene disipar son las dudas sobre consecuencias de esta definición por la interferencia del observador objetivo *ex ante*²²: 1) El concepto individual de imprudencia, que se corresponde con el de dolo, presupone un único cuidado, el interno; 2) ese cuidado interno no forma parte del tipo objetivo de imprudencia; 3) no toda valoración errónea es relevante, sino sólo la contraria a cuidado; 4) hay un riesgo permitido que limita la imprudencia individual (no sólo su relevancia jurídica), pero que no elimina el tipo objetivo por sí mismo.

Por su parte, la valoración errónea del autor no es fruto de la comparación con la del observador objetivo *ex ante*, sino con la derivada de los conocimientos disponibles *ex post*²³. Además, si el autor no pudo hacer la valoración correcta, tampoco pudo hacerla el observador objetivo *ex ante*²⁴.

De todo lo anterior se deriva la tesis I de BURKHARDT²⁵: Al tipo objetivo de imprudencia no pertenece la valoración del observador objetivo sobre la creación o aumento del peligro, sino la de si de haber tenido en cuenta todos los

19 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 169.

20 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 170 ss.

21 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 171.

22 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 172.

23 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 172.

24 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 173.

25 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 173.

conocimientos disponibles *ex post*, la acción era arriesgada y habría que calificarla como típicamente desaprobada y no permitida.

La errónea valoración, por lo demás, ha de ser el fruto de la contravención del cuidado debido y posible, que ya configuró ENGISCH como cuidado interno o posibilidad de adquirir los conocimientos que habrían evitado la valoración errónea sobre circunstancias que el autor conozca²⁶.

La infracción del cuidado interno no forma parte del tipo objetivo de imprudencia, sino que, como contrapunto del dolo, constituye elemento del concepto de imprudencia individual²⁷. El cumplimiento infructuoso del cuidado interno no convierte en permitida una conducta típicamente desvalorada; simplemente excluye la imprudencia²⁸.

La valoración errónea es relevante cuando el sujeto estaba obligado al cuidado interno, tenía capacidad de emplearlo y el no hacerlo tuvo como consecuencia la valoración errónea²⁹. La doctrina suele identificar al primer requisito con el cuidado objetivo y al segundo con la falta de cuidado subjetivo cuando era capaz del cuidado interno. Esta distinción es asumible. Pero lo que no puede hacerse, en contra de lo que pretende la doctrina de la imputación objetiva, es ubicar ambos cuidados bajo la rúbrica de lesión del deber objetivo de cuidado, pues por muy objetivos que sean los deberes de adquisición de los conocimientos necesarios para no errar característicos de la imprudencia, no altera el hecho de que el cuidado interno que obliga al autor es el derivado de las circunstancias conocidas por él, lo que no puede ubicarse en el tipo objetivo³⁰.

26 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 174.

27 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 176.

28 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 177.

29 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 177.

30 Si además el cuidado objetivo se quiere convertir en elemento esencial de la imputación objetiva, también en el delito doloso, se ve a todas luces que la falta de cuidado interno no es parte del tipo de delito doloso, sino lo que suple al dolo para poder imputar al autor una valoración errónea a título de imprudencia (Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 186 s.).

El cuidado interno, como capacidad de evitación de la valoración errónea, tiene que ser corregido, en el sentido sugerido por JAKOBS, limitándolo al conocimiento que se puede obtener con un esfuerzo todavía proporcional^{31 32}.

De ahí la II tesis³³: “Hay un riesgo permitido que no impide la imputación objetiva, sino que solamente limita el alcance de la imprudencia individual”. El límite del riesgo permitido es uno objetivo y normativo, pero basado en los conocimientos del autor.

La falta de cuidado interno se puede ubicar en la culpabilidad, para lo que sería necesario que también el dolo volviera a la culpabilidad. O bien se ubica en la tipicidad, de la que constituiría en el delito imprudente su tipo subjetivo, como el dolo, tesis con la que BURKHARDT simpatiza³⁴.

Volviendo al punto de partida, lo absurdo y obscuro del observador objetivo *ex ante*, que donde mejor se muestra es en la imprudencia, cabe concluir que las dificultades surgen de introducir su juicio en el cuidado externo, a pesar de ser elemento objetivo de todos los delitos de resultado, y hacer lo mismo, exigir el juicio del observador objetivo *ex ante*, respecto a la creación desaprobada de riesgo, donde el cuidado interno es el elemento exclusivo de caracterización de la imprudencia frente al dolo³⁵. Siendo difícil determinar cuál de estas dos construcciones contribuye más a la confusión, sin que perciban sus defensores que no pueden coexistir porque se pisan³⁶. Aunque ROXIN pretende con ello crear

31 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 176.

32 En el “caso de la marta”, quizá se habría podido prevenir la mordedura del cable de freno por el animal, esperando, p. ej., que todos los días el conductor se tienda en el suelo y observe si hay mordeduras o no; algo que sobrepasa lo normalmente exigible. Sobre el caso de la marta, vid. Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 180 ss.

33 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 178.

34 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 188.

35 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 189.

36 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 189. La doble consideración del observador objetivo *ex ante* dentro del concepto complejo de imprudencia es inviable porque si se utiliza para determinar el cuidado externo, no deja espacio para concebir el cuidado interno como tipo de imprudencia o capacidad individual del autor de la imprudencia de haber evitado el resultado, si se hubiese informado de esa posibilidad a la que individualmente tuvo acceso y no la utilizó. Burkhardt habla de un delito doloso sin dolo para caracterizar la concepción de la imprudencia en la doctrina del observador objetivo *ex ante* de Roxin y su escuela (Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 189 nota 151).

una dogmática nueva de la imprudencia, en realidad sólo consigue deconstruir el concepto complejo de imprudencia. Con lo que la niebla no se disipa³⁷.

Lo que sí ocurre con el concepto simple de imprudencia, en la que si bien la creación desaprobada de riesgo (típico) puede entenderse como contenido del dolo y de la imprudencia, es mejor concebirla, terminológicamente, como la acción portadora del injusto de la conducta, dolosa o imprudente, nítidamente separadas, así, en los delitos de resultado³⁸. Recordando de camino que la creación desaprobada de riesgo, no es todavía, de por sí, injusto; y que contenido del dolo y la imprudencia es la realidad, no lo que un hombre medio *ex ante* crea que es la realidad³⁹.

En esta concepción, la de BURKHARDT, el tipo objetivo lo proporciona todo lo que permite conocer el riesgo *ex post*, juzgado desde los riesgos conocidos y cognoscibles *ex ante* por el autor en el momento de actuar, recortados con el tipo subjetivo⁴⁰.

Un juicio de peligro *ex ante* corregido con los conocimientos del autor carece de sentido⁴¹. Y no es cierto que lo contrario, partir de los conocimientos del autor, descuide la exigencia de construcción de las normas (lo que no ve el autor no lo ve tampoco el observador objetivo)⁴². Más bien ocurre lo contrario, que la mejor forma de armonizar lo que quiere la norma y lo que espera de su destinatario, es colocándose en la posición individual de éste, con sus conocimientos y desconocimientos no subsanables⁴³. El juicio recaído en función de los conocimientos que obraron como dolo o imprudencia, es plenamente objetivo⁴⁴.

Incluso la idea de que el modelo es más importante en la imprudencia que en el dolo, por su posibilidad de expansión, tampoco es exacta. Pues con ello no

37 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 189.

38 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 190.

39 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 190.

40 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 190 s.

41 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 191.

42 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 191.

43 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 191.

44 Burkhardt, "Conducta típica y perspectiva...", 191.

se aclara la imputación objetiva, sino normativa, de determinación de la frontera entre la desatención del cuidado interno y el riesgo permitido⁴⁵.

El observador objetivo no aporta nada a la conducta típica, en forma de cognoscibilidad *ex ante*⁴⁶. Sí aporta en el tipo subjetivo; pero partiendo siempre, claro está, de las circunstancias conocidas por el autor, esto es, desde el punto de vista del sujeto que actúa⁴⁷.

Consideraciones críticas:

a. Explicación de la contradicción básica de la figura del observador objetivo ex ante

No tiene sentido introducir el juicio del observador objetivo *ex ante* para determinar el cuidado externo de la imprudencia porque, en los delitos de resultado, el peligro a constatar es el alcanzado mediante los conocimientos *ex post*.

No tiene sentido introducir el juicio del observador objetivo *ex ante* en la determinación del cuidado interno en el delito imprudente de resultado porque precisamente la falta de cuidado interno, en formas de capacidad subjetiva del autor, de evitar la valoración errónea propia de la imprudencia, es el elemento que caracteriza a la imprudencia frente al dolo.

Ambas construcciones (las que exigen la valoración del observador objetivo *ex ante* para apreciar tanto el cuidado externo como el cuidado interno) se “pisan” porque para que el cuidado interno pueda cumplir su función de elemento que le habría permitido al autor evitar la valoración errónea sobre el peligro *ex post*, debe basarse en sus conocimientos individuales, incompatibles con los obtenidos sólo *ex ante* por un observador objetivo⁴⁸.

45 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 191.

46 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 192.

47 Burkhardt, “Conducta típica y perspectiva...”, 192.

48 Esta contradicción básica de la doctrina de la imputación objetiva la evidencia muy bien Urs Kindhäuser “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva” [trad. Juan Pablo Mañalich Raffo], *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, 4 (2008): 1-35, 15, cuando sostiene que dos filtros de la imputación sólo funcionan cuando la capacidad de

Traducido al lenguaje anterior a la eclosión de la doctrina de la imputación objetiva: Desvalor-resultado y desvalor-acción no pueden refundirse en el observador objetivo *ex ante*⁴⁹. Lo que quizá sea el señuelo de ROXIN en su pretensión de una nueva concepción de la imprudencia.

Lo que ROXIN pretende, superando la distinción subjetivo-objetivo a través de la imputación objetiva, refundidas en una nueva objetividad (que permitiría además prescindir de lo subjetivo en el injusto)⁵⁰, puede conseguirse manteniendo ambas magnitudes separadas, pero refundidas en el injusto como acción.

b. Explicación de la imprudencia como acción

La creación desaprobada de riesgo (típico) es contenido del dolo y de la imprudencia por el “contenido” de conocimiento de riesgo distinto que entraña cada uno de ellos.

La creación desaprobada de riesgo no es todavía de por sí injusto, porque a ello tiene que sumarse el peligro *ex post* característico del injusto en la concepción der BURKHARDT.

Contenido del dolo y la imprudencia es la realidad observada por el autor (acertada o erróneamente) y no lo que el hombre medio cree que es la realidad,

un destinatario ficticio no se antepone a la capacidad individual del destinatario real. Pues entonces puede ocurrir que el filtro anterior obligue a dejar de imputar algo que el filtro posterior no habría impedido, cuando el destinatario real sí tenía capacidad de evitar. Mientras que, por otro lado, la supuesta evitabilidad objetiva, es superflua en tanto que el destinatario individual no posea la capacidad de evitación del resultado. Ambas premisas son disfuncionales para la protección de los bienes jurídicos cuando el concreto autor sí pudo evitar la producción del resultado. Y continúa (16): “Es claro que esta tensión entre carencia de función o disfuncionalidad de una imputación objetiva a la capacidad de acción sólo se deja superar o bien mediante un ajuste inconsciente (manifiesto u oculto) de los filtros en cuestión o bien mediante la supresión de la imputación objetiva. El último es, evidentemente, el camino más sencillo”.

49 Porque son manifestación de la unidad indisoluble, pero antinómica, de la doble exigencia de lesión del bien jurídico y culpabilidad de toda imputación penal (vid. *infra* 14).

50 Aunque Roxin nunca ha propugnado esto, el hecho de que como bien recuerda Burkhardt (“Conducta típica y perspectiva...”, 188), reconozca un tipo subjetivo en la imprudencia consciente, pero no en la inconsciente, lo que Burkhardt critica, anticipa la objeción realizada en el texto. De “lo prematuro de esa supuesta superación”, referido a la absorción de lo subjetivo en lo objetivo, habla José Luis Serrano González de Murillo, “Sobre la consideración de los «conocimientos especiales» del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee*, dirigido por Julio B. J. Maier y otros, (2011), 627 ss.

porque no hay más realidad que la del individuo, que sí se puede corregir (su estimación) después con la que habría sido la del hombre medio (vid. infra c).

Pero para ir más allá del contenido del dolo y la imprudencia como conocimiento, necesitamos concebir el injusto como acción; ésta es la explicación a la propuesta de BURKHARDT que después de formularla no desarrolla:

La única forma de que podamos percibir que estamos creando un peligro desaprobado y de cuantificarlo (grado de peligro: mayor en el dolo y menor en la imprudencia) es disponiéndonos a realizar (intencionalmente) la acción que el ordenamiento jurídico asocia con tal peligro. Puesto que voluntad y representación no son escindibles, a mayor representación de peligro habrá mayor voluntad.

c. Explicación de por qué sí cabe corregir los conocimientos del autor con los del hombre medio, pero no los del hombre medio con los del autor

Sólo el individuo puede percibir y transcribir la realidad sobre la que actúa. Muchos individuos pueden percibir la misma realidad, pero cada uno lo hace individualmente (en su caso habría coincidencia). Por eso la norma penal tiene que partir de la percepción del individuo que actúa. El hombre medio no percibe la realidad, sino que es una abstracción⁵¹ de lo percibido por el individuo, cuyo juicio es corregido normativamente.

d. Explicación de por qué el observador objetivo no aporta nada en el tipo objetivo de imprudencia y sí lo hace en el tipo subjetivo

El tipo objetivo es objetivo porque contempla la modificación externa del estado de cosas antes y después de actuar el autor, evidenciada en la producción o no del resultado a la luz de los conocimientos sobre su producción obtenidos *ex post*. Y no a la luz de la valoración de un observador objetivo *ex ante* en lugar del autor⁵².

⁵¹ De "observador ideal" (en este sentido, de irreal), habla Serrano, "Sobre la consideración...", 643.

⁵² Vid. ya Serrano, "Sobre la consideración...", 648.

El observador objetivo *ex ante* sí juega un papel importante en el tipo subjetivo de imprudencia porque la cognoscibilidad del resultado derivable de los conocimientos actuales del autor debe encontrar un límite (riesgo permitido) allí donde no cabe esperar del modelo de hombre razonable que se abstenga de actuar por lo remoto del peligro.

e. Crítica a la consideración ex post de BURKHARDT

No es afortunada la idea de BURKHARDT, de concebir la conducta inadecuada para los bienes jurídicos desde la perspectiva *ex post* evidenciada en la causación del resultado, pues, como bien dice FRISCH (vid. infra 4. a.), esa consideración no puede fundamentar la existencia de una norma capaz de motivar al destinatario. Al tipo objetivo, con mejor criterio, pertenece la puesta en marcha de un curso causal adecuado para causar un resultado que lesiona o pone en peligro el bien jurídico⁵³. Lo que es compatible con el hecho de que, a efectos de imputación del concreto resultado, sí sea necesario comprobar, como patrocina la doctrina de la imputación objetiva, que dicho resultado es reconducible al ámbito de la norma lesionada y concreción del que quiso evitar esa norma.

4. LO INSOSTENIBLE DEL INTENTO DE FUNDAMENTAR LA TIPICIDAD SÓLO EN LO OBJETIVO: WOLFGANG FRISCH

FRISCH ⁵⁴ considera que se debe tomar en serio el argumento de BURKHARDT para concebir el peligro objetivo desde la consideración *ex post*, según la cual, si la conducta fue peligrosa *ex post* pero no se tuvo por tal *ex ante*, se estaría diciendo que aquella estaba permitida a pesar de lo peligrosa que era⁵⁵; pero lo desactiva, habida cuenta de que no es que se tenga por permitida una conducta que naturalísticamente considerada causa el resultado (la muerte de un hombre, p. ej.), sino que solamente se tiene por no desaprobada la conducta

⁵³ Vid. al respecto Joaquín Cuello Contreras, *El Derecho penal español, Parte General, volumen II, Teoría del delito (2)*, (Madrid: Dykinson, 2007), 25 s. 30 s.

⁵⁴ Wolfgang Frisch, "Delito y sistema de delito" (trad. Ricardo Robles Plana), en *Sistema integral*, editado por Wolter/Freund, (Madrid: Marcial Pons, 2004), 193 ss., 229 ss.

⁵⁵ Frisch, "Delito...", 243.

que conforme a los conocimientos existentes *ex antes* no manifiesta la creación desaprobada de un riesgo. No se trata de que el autor parta de que no está creando un peligro relevante. Se trata de un juicio relativo, todo lo relativo que es realizar la valoración en momentos que arrojan conocimientos diferentes⁵⁶.

En cuanto a la posible desaparición de lo objetivo cuando se da entrada a lo subjetivo del juicio *ex ante*, sostiene FRISCH que es un error⁵⁷, pues no se trata de introducir en la base del juicio el conocimiento del propio autor, sino circunstancias de la realidad inequívocamente objetivas con el único dato adicional de ser conocidas por el autor. “Lo subjetivo o individual no es en sí mismo parte de la base del juicio, sino sólo criterio de selección para incluir los segmentos de la realidad (añadidos) en la base del juicio”⁵⁸.

Por lo que no es que la estructura del injusto tenga que adaptarse a los esquemas de análisis sino, al revés, son los esquemas de análisis los que “han de adaptarse en todo caso a nuevas perspectivas sobre la estructura del injusto, no a la inversa”⁵⁹. “Una anticipación a lo subjetivo es aquí, en todo caso, necesaria cuando, según el estándar objetivo, no acontezca un peligro desaprobado sobre la base del juicio óptimo *ex ante* objetivo y, además, aparezca como posible que el autor posea un conocimiento especial en referencia a la circunstancia decisiva”⁶⁰.

FRISCH acaba reconociendo lo subjetivo en lo objetivo. “Aquí la consideración de lo subjetivo antes de lo objetivo parece ser imprescindible”⁶¹. Lo que no afecta a la objetividad del Derecho, de la norma. “Se da una cierta particularidad sólo en que la construcción o elección de las normas objetivas no puede realizarse con independencia absoluta de la vertiente subjetiva o individual”⁶². El problema para FRISCH es sólo una cuestión de “anticipación”.

56 Frisch, “Delito...”, 244.

57 Frisch, “Delito...”, 248 ss.

58 Frisch, “Delito...”, 248.

59 Frisch, “Delito...”, 250.

60 Frisch, “Delito...”, 255.

61 Frisch, “Delito...”, 256.

62 Frisch, “Delito...”, 257.

En cuanto a la necesidad de un estándar objetivo (observador objetivo *ex ante*), sostiene FRISCH que es imprescindible, pues, aunque quien no estuvo en condiciones de conocerla, no pudo violar la norma, el Derecho necesita que en ciertos ámbitos vitales se posean conocimientos para desenvolverse en ellos, ejerciendo la libertad⁶³. Es cierto que quien carece de esa capacidad no vulnera la norma de determinación correspondiente, pero tiene que haber conducta injusta conforme a criterios jurídicos generales⁶⁴.

De ahí que si bien tiene razón BURKHARDT cuando sostiene que el injusto criminal depende de la inevitabilidad individual, no valiendo las frecuentes generalizaciones antepuestas a esa individualización; eso no quita para que, como se ha dicho antes, “la única legitimación para recurrir a lo interno del autor surge sólo una vez determinada la existencia de un riesgo desaprobado desde una base objetiva (estandarizada)”⁶⁵. “La anteposición del juicio objetivo proviene del peligro de que el aplicador del Derecho aborde el ámbito de lo interno del autor (entre otras cosas, sus capacidades de juicio), pese a que se niegue la creación desaprobada del riesgo ya a partir de un juicio objetivo”. “La anteposición de lo objetivo sirve a la protección de la persona (*nota bene*) y es por ello completamente razonable”⁶⁶.

Al final FRISCH llega a reconocer el primado de lo subjetivo. “Sin embargo, en todo lo anterior se está presuponiendo siempre una cosa: que existan estándares normativos para los ámbitos en cuestión. Cuando no sea éste el caso, la cuestión dependerá del conocimiento y del deber de conocimiento individual de las circunstancias que fundamentan el riesgo. Pero tampoco entonces se está excluyendo completamente una perspectiva objetiva. Lo que sucede es que entonces esta perspectiva objetiva cumple otra función: es tan sólo un indicio para aquello subjetivo que debe admitirse normalmente, pero carece de un significado normativo propio. En este sentido, la construcción de la norma conforme a criterios generales de la fundamentación de lo injusto depende del

63 Frisch, “Delito...”, 259.

64 Frisch, “Delito...”, 259.

65 Frisch, “Delito...”, 260.

66 Frisch, “Delito...”, 260.

conocimiento individual, de modo que el recurso a lo subjetivo puede ser necesario en gran medida. Sin embargo, en una sociedad compleja y altamente normativizada muy raramente se deberían dar casos en los que faltaran los estándares (*nota bene*)⁶⁷.

Consideraciones críticas:

a. FRISCH, que acierta al criticar a BURKHARDT por cuanto la consideración de la peligrosidad *ex post* no permite establecer una norma que pretenda prevenir la lesión *ex ante*, y acierta también al reconocerle, no obstante, la necesidad de la consideración *ex post* para que el injusto se dé completo, no acierta al concebir la peligrosidad *ex ante* percibida por el observador objetivo, como peligrosidad objetiva en el mismo plano que la peligrosidad objetiva *ex post* (de valoraciones en momento diferentes que arrojan conocimientos diferentes habla FRISCH). La única peligrosidad constatable en el momento de actuar el autor, *ex ante*, es la inherente a la representación subjetiva del peligro que prevé a desencadenar (vid. supra. 3. e). Que puede no corresponderse con peligro objetivo alguno, y pese a ello estar creando peligrosidad *ex ante*, como ocurre con la tentativa inidónea, no distinguible de la idónea sino a través de la consideración *ex post*⁶⁸.

b. Algo semejante sucede con la idea recurrente en FRISCH⁶⁹, de diluir lo que pasaría por reconocer la relevancia autónoma del elemento subjetivo en la construcción del injusto en anticipación de lo que requiere la norma objetiva, completándose la subjetivación de lo en última instancia objetivo con la objetivación de los conocimientos especiales allí donde no existen estándares objetivos previos y los conocimientos especiales lo suplen convirtiéndose en estándar objetivo vinculante para todo aquel que se encuentre en la situación del autor

67 Frisch, "Delito...", 261.

68 Vid. al respecto Cuello, *El Derecho penal español...*, 59.

69 Wolfgang Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo), 204, 81 s. Vid. al respecto Cuello, "Fundamentos para un sistema...", 10.

con sus conocimientos especiales. Siendo así que también en derecho penal lo subjetivo, el tipo subjetivo, se define por contraposición a lo objetivo, lo externo por contraposición a lo interno⁷⁰, constituyendo magnitudes inconmensurables entre sí que fundamentan la antinomia básica de la teoría del delito⁷¹, a la que los defensores de la doctrina de la imputación objetiva se resisten.

c. Incluso la necesidad de un estándar objetivo, el principal de los cuales en derecho penal es el representado por el observador objetivo *ex ante*, obedece a la misma premisa: diluir lo subjetivo en lo objetivo⁷², aunque sea provisoriamente, como primer paso necesario para convertirlo en referencia de las representaciones subjetivas, en última instancia decisivas, para evitar que la imputación penal recaiga en virtud de representaciones subjetivas del autor que no versen sobre la creación de un riesgo que previamente ha sido desaprobado a partir de un juicio objetivo. Sin tener en cuenta que por muy objetivo que sea el juicio de peligro en una situación dada, si el autor que lo ha creado no se lo ha representado, tampoco lo hará el observador objetivo, y que la representación subjetiva de partida siempre es corregible con criterios objetivos, como alegó convincentemente BURKHARDT⁷³. Y, sobre todo, sin poder eludir el dilema de que la presencia de conocimientos especiales anula la vigencia de la norma estándar objetiva, pensada para situaciones en las que están ausentes conocimientos especiales del autor⁷⁴ (vid. infra 11).

d. No hay peligro de caer en el subjetivismo por reconocer la relevancia del tipo subjetivo en el mismo plano que el objetivo, porque cuando la ausencia de peligro no está plenamente descartada o el concreto autor no se lo representa (tentativa imposible), lo que sí se ha representado es penalmente relevante no por lo subjetivo de la representación sino por lo objetivo de la referencia (representación de curso causal adecuado). En cambio, la exigencia de representación subjetiva del peligro no puede suplirse con el observador objetivo *ex ante* porque

70 En este sentido, criticando a Wolfgang Frisch, ya Serrano, “Sobre la consideración...”, 639.

71 Cuello, “Faltas antinomias...”, 793 s.

72 Vid. supra b.

73 Vid. supra 2.

74 Vid. ya Serrano, “Sobre la consideración...”, 638.

lo que el concreto autor no se ha representado tampoco se lo ha representado el observador objetivo *ex ante*. Por eso es superflua la figura en una consideración *ex ante*. Y necesaria en cambio, en una consideración *ex post*. Pues sí es cierto que el resultado sólo es imputable cuando es concreción del peligro que el autor se representó *ex ante*, en el momento de actuar, constituyendo el tipo subjetivo indeclinable, junto al objetivo, para la imputación.

5. LA AMBIGÜEDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE LO GENERAL Y LO INDIVIDUAL: EBERHARD STRUENSEE

En *Homenaje a Samson*⁷⁵, donde STRUENSEE detecta hasta ocho acepciones diferentes de la medida subjetiva o individual en la imprudencia⁷⁶, lo que da muestra de la ambigüedad en torno a la relevancia de lo subjetivo en aquella, se empeña en distinguir entre la cognoscibilidad del injusto y la cognoscibilidad del tipo (objetivo) en la imprudencia, de manos de la crítica a HERZBERG, que había defendido, basándose en SCHLEHOFER, que la cognoscibilidad individual de la producción del resultado o del desarrollo del tipo objetivo, es sólo elemento relevante de la culpabilidad en el delito imprudente de comisión, por lo que no puede ser tenida como presupuesto de su injusto⁷⁷. De ahí que no sea una exigencia legal y resulte por tanto superflua, pues la culpabilidad regulada legalmente contiene ya suficientes reglas sobre las exigencias y relevancia de la falta de rendimiento del autor imprudente⁷⁸.

Frente a ello, sostiene STRUENSEE, que, pudiéndose dejar de lado la primera consideración (exigencia de la cognoscibilidad del resultado antes de llegar a la culpabilidad) de HERZBERG, aunque sí es relevante en la omisión y en la relación de antijuridicidad de la creación del peligro en la imprudencia⁷⁹, la

75 Eberhard Struensee, "Individueller Masstab der Fahrlässigkeit", en *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, editado por Wolfgang Joecks y otros, (C.F. Müller GmbH, 2010), 199 ss., 205.

76 Struensee, "Individueller Masstab...", 205 s.

77 Struensee, "Individueller Masstab...", 214 s.

78 Struensee, "Individueller Masstab...", 214.

79 Struensee, "Individueller Masstab...", 214.

segunda (la culpabilidad como capacidad de evitación), sin embargo, lleva a HERZBERG a confundir la capacidad intelectual y la capacidad volitiva del concepto de culpabilidad a la hora de confrontarse con la medida de la capacidad subjetiva en la imprudencia⁸⁰. Y que, finalmente, la capacidad individual de conocer el desarrollo del tipo objetivo que amenaza producirse, implica un objeto distinto al de las otras dos capacidades⁸¹. Siendo sólo esta última capacidad la que, según una amplia concepción doctrinal, constituye una particularidad de la culpabilidad imprudente, que ha sido trasladada por los defensores de la medida subjetiva, desde el plano de la culpabilidad, al del injusto, más exactamente, al del tipo.

Según una concepción finalista ortodoxa, las acciones dolosas e imprudentes deben describirse abstractamente por su finalidad. Dependiendo la contrariedad a cuidado de la imprudencia no de lo que el autor ha podido conocer sino de lo que ha conocido realmente, para lo que no es de utilidad la cognoscibilidad de las consecuencias de la acción o los elementos de la situación, por constituir sólo posibilidades no realizadas, y no elementos de la descripción de una acción típica final⁸².

Y tras citar anticipaciones de autores muy claras sobre la exigencia de un conocimiento actual del autor como *Anlass*, de NOWAKOWSKI, SCHMIDHÄUSER, JAKOBS, BURKHARDT y STRATENWERTH⁸³, concluye STRUENSEE que para la correspondencia entre el dolo y la imprudencia restan las circunstancias conocidas y las consecuencias derivadas de ellas respecto a otras circunstancias como su posible desarrollo. El juicio normativo de la falta de cuidado en el actuar sólo puede recaer sobre los factores que se ha representado el autor en el momento de la acción.

Lamentando que los defensores de la medida individual no hayan penetrado normativamente a través de las circunstancias-estímulos actualmente conocidas por el autor, para delimitarla y desarrollar un tipo subjetivo que

80 Struensee, "Individueller Masstab...", 214.

81 Struensee, "Individueller Masstab...", 214.

82 Struensee, "Individueller Masstab...", 216.

83 Struensee, "Individueller Masstab...", 217.

estructural y categorialmente se corresponda con el dolo⁸⁴. Con cita conclusiva de ZIELINSKI: “El delito imprudente no es otra cosa que un delito doloso no descrito típicamente”⁸⁵.

A la celebración de WOLTER y BURKHARDT, según los cuales la equiparación entre la estructura del dolo y la imprudencia permite superar la deformación que la doctrina final produjo en su día, opone que la moderna ciencia penal también se esfuerza por superar la deformación que la doctrina de la imputación objetiva introdujo en los delitos doloso e imprudente⁸⁶.

Valoración crítica:

Hace bien STRUENSEE, en la línea de lo ya sostenido en *Tipo subjetivo de imprudencia*⁸⁷, en insistir en que la culpabilidad no exige sólo la capacidad intelectual y volitiva de comprender el significado de los propios actos, sino que incluye también otra capacidad relacionada con, pero segregable, de las dos anteriores, de haber omitido o sustituido por otra la acción que se reprocha. Dicha capacidad requiere el conocimiento de las circunstancias que no deben desencadenarse por constitutivas de lo que se reprochará (la acción a evitar como referencia de la culpabilidad)⁸⁸.

Ese conocimiento subjetivo ha de tenerlo el autor, también en la imprudencia. Siendo ubicable en la culpabilidad, pero, más oportunamente, en la tipicidad, para que el juicio de culpabilidad vaya referido a algo preexistente y para evitar como decía BURKHARDT que la imprudencia sea “un delito doloso sin dolo”⁸⁹.

84 Struensee, “Individueller Masstab...”, 216.

85 Struensee, “Individueller Masstab...”, 217.

86 Struensee, “Individueller Masstab...”, 218.

87 Struensee, “Der subjective...”, 423 ss. Sobre el significado de esta aportación de Struensee a la dogmática de la imprudencia, vid. Cuello, *El Derecho penal español.*, 377 ss.

88 Vi, al respecto Joaquín Cuello Contreras, “La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función definidora del elemento subjetivo en Derecho penal, con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, ejemplificada en la insolvencia y el decumiso”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, 2 (2019): 23 s. Vid. ya también Serrano, “Sobre la consideración...”, 652 ss.

89 Vid. supra 3.

6. LA IMPRUDENCIA COMO ACCIÓN

Entre la norma que pretende la preservación del estado de los bienes jurídicos y el tipo de delito, doloso e imprudente, que representa el daño o peligro de ese estado producidos a través del destinatario mediante su comportamiento delictivo, está el comportamiento o acción que acota el daño o peligro que quiere evitar la norma penal.

Substrato, pues, del delito doloso y del delito imprudente, es la acción dolosa o imprudente que determina la alteración del estado deseado por el ordenamiento jurídico, en detrimento del bien jurídico. La acción abarcada por la norma jurídica es la que no se debió emprender por su propiedad de lesiva o peligrosa para el bien jurídico, como quien las emprende sabe. Debiendo ser la acción así dominada la que cause el resultado imputable por ser uno abarcado por la norma lesionada por la acción del autor.

En la medida en que la acción tipificada cumpla el tipo objetivo y el tipo subjetivo, el tipo subjetivo y el tipo objetivo, del correspondiente delito, habrá delito, y podremos hablar de imputación objetiva e imputación subjetiva.

Esto quiere decir que, concebido el delito como acción, también el delito imprudente, tan necesario es que el resultado haya venido precedido del peligro objetivo que quiere prevenir la norma como que el autor que lo ha producido se lo haya representado en el momento de actuar.

Y puesto que peligro objetivo y peligro representado son magnitudes inconmensurables, se produce la incompatibilidad detectada desde hace años y que no hace más que aumentar entre defensores de la imputación objetiva y defensores del injusto personal, que unos y otros pretenden dar por resuelta a su favor. Sin darse cuenta, unos y otros, que sólo cabe asumirla admitiendo que elemento objetivo y elemento subjetivo del tipo de delito doloso y tipo de delito imprudente forman una unidad antitética insoluble. Que sólo es superable entendiendo que ambos elementos son necesarios para concebir el injusto penal, de forma independiente, unidos sólo a través de la acción que satisface al mismo tiempo el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito correspondiente. Acotando

(restringiendo) los dos, cada uno conforme a sus principios, la imputación de un resultado (típico).

Esta estructura es la misma en el delito doloso y en el delito imprudente. Si bien, por razones obvias, la función restrictiva del ámbito de lo punible corresponde más ampliamente al tipo subjetivo en el delito imprudente, habida cuenta de lo desatendido (por no decir que brillando por su ausencia) que ha estado el tipo subjetivo en la dogmática de la imprudencia, donde a la restricción, amplia pero insuficiente, de la imputación objetiva, debe añadirse la restricción que supone introducir un elemento subjetivo seriamente entendido en paralelo al dolo.

En tanto que la restricción corresponde más ampliamente al tipo objetivo en el delito doloso, debido a que si bien el dolo o elemento subjetivo no es tan subjetivo como la doctrina de la imputación objetiva le ha reprochado al finalismo⁹⁰, llevado casi a lo grotesco, sigue siendo necesario introducir criterios restrictivos de la imputación, de los elaborados en la época de esplendor y dominio de la doctrina de la imputación objetiva, no siempre alcanzables sólo con el dolo y sus restricciones internas, especialmente en lo referente a la concreción del peligro abarcado por la norma en el resultado *ex post*.

Puesto que de las peculiaridades de la acción dolosa nos ocuparemos después (infra 8), cumple ahora caracterizar brevemente la estructura de la acción imprudente y algunas de sus consecuencias como muestra de que tipo subjetivo y tipo objetivo de imprudencia forman una unidad inescindible en la que cada uno de ellos permite restringir el ámbito de la imprudencia conforme a sus criterios específicos (y contradictorios).

Al tipo objetivo de imprudencia pertenecen circunstancias de la realidad que pueden originar peligros para los bienes jurídicos, p. ej., los que se derivan de un adelantamiento automovilístico muy apurado; y al tipo subjetivo, en

90 Serrano, "Sobre la consideración...", 631 ss., ha mostrado muy convincentemente que es falaz sostener que en el caso del sobrino que aconseja viajar en avión a su acaudalado tío con la esperanza de que se estrelle, para heredarle, ha estado presente el dolo, siendo así que sin representación de eslabones causales decisivos para el concreto resultado no hay ni el conocimiento ni la voluntad (basada en el conocimiento) necesarios para el dolo.

congruencia con el objetivo, pertenece la representación de que el adelantamiento que el automovilista se propone realizar está acompañado de ese peligro, pese a lo cual el automovilista lo acomete, produciendo el accidente mortal.

En ejemplos tan elementales de imprudencia como éste se evidencia el recorte tan profundo que produce en ella la exigencia de un tipo subjetivo, como muestran las atormentadas construcciones de la doctrina de la imputación objetiva para resolver estos casos por no querer reconocer (aunque cada vez menos) la existencia de un tipo subjetivo de imprudencia.

Sin que, por otra parte, el tipo subjetivo de imprudencia resuelva todos los casos dudosos de imputación o no del resultado, pese a la pretensión del finalismo renovado, muchos de los cuales se resuelven como quiere la doctrina de la imputación objetiva: Si se ha comprobado *ex post* que a uno de los automóviles implicados en el accidente ocasionado por el adelantamiento apurado se le reventó un neumático en el momento del adelantamiento, siendo inseguro que si el adelantamiento no hubiese sido apurado no se habría producido el accidente también, el accidente no es imputable al autor del adelantamiento, o criterio del comportamiento alternativo correcto.

7. CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD Y EL SIGNIFICADO DE RECONOCER UN TIPO SUBJETIVO DE IMPRUDENCIA

Prevención de la lesión del bien jurídico y culpabilidad, los dos grandes principios del derecho penal, requieren que imputable sólo lo sea aquello que se pudo evitar. De donde se deduce que, junto a otros presupuestos de la responsabilidad, es necesario que el resultado a imputar, tanto en el delito doloso como en el imprudente, sea aquel cuyo peligro se representó el autor *ex ante*, siempre que sea el que se ha materializado *ex post*.

Sin ambos elementos, el objetivo o peligro de lesión del bien jurídico, y el subjetivo o representación del peligro de lesión del bien jurídico, no hay delito, ni doloso, ni imprudente.

El reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia, que muchos se han resistido a admitir hasta ahora (la propia semántica no ayudaba)⁹¹, permite concretar mucho más la imputación en la imprudencia, lo que no ocurre con la construcción de la imprudencia en la doctrina de la imputación objetiva, por más que se ayude acudiendo a los conocimientos especiales, anticipo del definitivo reconocimiento del tipo subjetivo de imprudencia; a construir mediante interpretación, debido a la abstinencia del legislador. Lo que no debe desconcertar, dado que desde antaño se ha avanzado mucho en esta cuestión por la necesidad de distinguir entre el dolo eventual y la imprudencia consciente⁹².

En suma, sin relación subjetiva con referencia objetiva, lo que el observador objetivo *ex ante* constituye, no se puede concretar ninguna *norma*. Por eso es imprescindible el elemento subjetivo en la configuración del injusto penal.

Ambas referencias, la objetiva y la subjetiva, además, tienen que estar ubicadas en la tipicidad, no bastando situar en la culpabilidad la relación subjetiva, por la razón que indica BURKHARDT⁹³. Es más, aunque dolo e imprudencia volvieran a la culpabilidad, habría que distinguir entre capacidad de evitación y culpabilidad, como ha dicho STRUENSEE⁹⁴.

8. DOLO COMO CONOCIMIENTO DE UN PELIGRO CUALIFICADO: INGEBORG PUPPE

Según PUPPE⁹⁵, la primera regla de imputación dolosa dice que si a quien quiso matar a una persona y alcanzó a otra (error en el golpe) se le puede hacer responder por tentativa de homicidio en concurso con homicidio imprudente, es porque en derecho penal hay un supuesto de imputación del que es constitutivo lo que el autor conoce. A eso lo llama PUPPE “*erste Vorsatzzurechnung*”.

91 Vid. al respecto Joaquín Cuello Contreras, “Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, 16 (2005): 11 ss., 18.

92 Vid. al respecto Joaquín Cuello Contreras, “Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto”. En *Libro Homenaje a Eberhard Struensee* dirigido por Julio B. J. Maier y otros, (2011), 155 ss.

93 Vid. supra 2.

94 Vid. supra 4.

95 Ingeborg Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, (Heidelberg, 1992), 1.

Esa regla tiene que ser completada en el sentido de que, de las muchas representaciones que ha podido tener el autor, sólo será constitutiva de la representación relevante para el dolo aquella que supone una auténtica concreción (*echte Vorsatzkonkretisierung*) de lo establecido en el tipo para poder decir que el resultado ha sido causado dolosamente⁹⁶. Si el autor creía que iba a obtener del robo la mitad de lo que realmente obtuvo, será relevante a la hora de medir la pena, pero no a efectos del conocimiento del injusto constitutivo del dolo, que es el mismo⁹⁷. Sólo aquellos conocimientos de los que depende la relevancia del dolo para la imputación, de los muchos conocimientos específicos que pueda poseer, constituyen para PUPPE auténtica imputación dolosa⁹⁸.

Si aplicamos la primera regla del dolo y el criterio de la auténtica concreción del dolo (típica) al problema tradicional del error en el golpe, pierde su sentido la solución de muchos a ese problema (la solución concursal), pues en ese caso el autor se ha representado lo único que es relevante para la auténtica concreción del dolo, matar a una persona, basándose la solución mayoritaria en conocimientos y consideraciones sobre la concreta persona a quien se quiso matar y la persona a la que se alcanzó, que son irrelevantes para lo que exige el tipo de homicidio como concreción del dolo de matar⁹⁹.

Según PUPPE¹⁰⁰, causa dolosamente un peligro prohibido quien conoce cualidades de su comportamiento que le permiten deducir que éste vulnera la norma que obliga a ser cuidadoso. Y si el peligro se materializa en el resultado siendo aquellas cualidades del comportamiento parte esencial de la explicación del resultado, entonces el comportamiento ha sido causa del resultado¹⁰¹.

Ahora bien, continúa PUPPE¹⁰², para la caracterización de un comportamiento como prohibido por peligroso, no es necesario que el comportamiento constituya elemento esencial de una condición suficiente del resultado, sino que

96 Puppe, *Vorsatz...*, 2.

97 Puppe, *Vorsatz...*, 5, 8.

98 Puppe, *Vorsatz...*, 7.

99 Puppe, *Vorsatz...*, 10 ss., 6, 20.

100 Puppe, *Vorsatz...*, 26.

101 Puppe, *Vorsatz...*, 26.

102 Puppe, *Vorsatz...*, 26.

puede bastar también que constituya un indicio de la posibilidad de que sobrevenga una condición suficiente del resultado, que, conocido por el autor del comportamiento, es suficiente para afirmar que conoce el riesgo no permitido que está creando, al poder pensar en la probabilidad del proceso causal que quizá esté iniciando; por lo que resulta obligado por la norma de cuidado respecto a ese peligro. De manera que, si no lo hace, porque simplemente quiere el resultado o se lo representa a través de otro proceso causal, ello no determina dejar de imputarle el resultado por no haberse representado el proceso causal que lo produjo.

PUPPE desarrolla su concepto de dolo, desde una perspectiva *normativa*¹⁰³: La norma de valoración caracteriza a determinadas modificaciones de la realidad (resultados) como negativas y por tanto relevantes. Si el autor reconoce tal posibilidad como la consecuencia de su actuar, entonces el ordenamiento jurídico le obliga a reflexionar sobre esa posibilidad. Lo que no significa que sea presupuesto para la aplicación de la prohibición que el destinatario de la norma haya decidido cumplir o no su deber. Significa, mejor, que su comportamiento puede interpretarse por el Derecho como un debate con esa posibilidad, aunque sea una cuestión interna suya que lo haga o no. Si acomete el autor el desarrollo del tipo en el sentido antes visto, su comportamiento es interpretado como el comportamiento de un ser racional, planificador, que conforme a la pauta general de un ser actuante es expresión de la máxima según la cual aquí y ahora puede ser y debe ser traído. Entendido así, es válida la caracterización de que el actuar doloso es expresión de una decisión del autor en favor del desarrollo del tipo y contra la intangibilidad del bien jurídico.

Diferenciándolo de la imprudencia consciente¹⁰⁴: Fundamento de esta interpretación del comportamiento del autor son sus conocimientos y representaciones, es decir, los presupuestos fácticos, auténticos o falsos, bajo los que actúa. Si el peligro de resultado derivado de ellos posee una cualidad, para un autor razonable, que reconoce la pretensión de respeto del bien jurídico en la concreta situación como tal, es uno que permite actuar en la confianza de que no se

103 Puppe, *Vorsatz...*, 39 s.

104 Puppe, *Vorsatz...*, 40.

producirá el resultado, entonces existe sólo una imprudencia consciente, con independencia de si el autor del caso concreto abriga de hecho esa confianza¹⁰⁵. El límite del dolo se sitúa más abajo si se traza ya allí donde el autor deja en cierto sentido al acaso la producción o no producción del resultado. Si, en cambio, el peligro de resultado es de una tal cualidad que un autor razonable, que reconoce la relevancia de la lesión del bien jurídico para su decisión, sólo lo acomete si lo acepta, lo tiene por posible, presta su aquiescencia a él como consecuencia de su actuar, entonces su acción es expresión de la máxima: aquí y ahora puede el bien jurídico ser lesionado, y con ello lesiona el bien jurídico dolosamente¹⁰⁶.

En cuanto a la realización en el resultado del curso causal puesto en marcha dolosamente por el autor, exige PUPPE que el que lo causó fuese el que el autor había dominado en la mayor medida¹⁰⁷. Lo que vale tanto para los factores causales como para los indicios de los mismos de que hablaba antes PUPPE. Pues para la proyección de una estrategia de producción del resultado idónea, hechos indiciarios que permiten, de sobra, extraer la conclusión sobre uno a varios factores causales, son también idóneos y posibles factores causales. Si coincide el proceso causal real con la representación de peligros del autor, pero estos no son suficiente para fundamentar peligro doloso, y sí un simple peligro prohibido (peligro imprudente), entonces se produce unidad de acción entre tentativa dolosa y solo realización imprudente consumada del mismo tipo objetivo¹⁰⁸.

Comprobación en constelaciones complejas de peligro¹⁰⁹: Quien apunta a una persona con la esperanza de alcanzarle mortalmente, tiene seguramente peligro-dolo, salvo la extrema distancia o muy mala puntería. Si falla el autor, pero alcanza a otro, entonces no se ha realizado el peligro de lo apuntado, sino el peligro de lo no apuntado. Lo que no constituye método adecuado de matar, salvo que la persona alcanzada y la apuntada estuviesen muy próximas. Un disparo no apuntado no es método de matar, salvo que se dirija a una masa de personas.

105 Puppe, *Vorsatz...*, 40.

106 Puppe, *Vorsatz...*, 40.

107 Puppe, *Vorsatz...*, 49.

108 Puppe, *Vorsatz...*, 49.

109 Puppe, *Vorsatz...*, 50.

Y si la zona no está muy poblada, pero tampoco vacía, ha habido peligro-imprudencia que se ha materializado en el resultado, imputable como tal. La representación mental del autor de peligro-dolo no se ha materializado, y fundamenta solo tentativa de homicidio. Lo que también ocurre cuando la víctima representada es alcanzada de forma rocambolesca.

A la inversa, hay casos en que el autor no alcanza a la víctima apuntada y sin embargo sí hay peligro doloso, como en el caso ya visto, de que la persona que se quiso alcanzar estaba rodeada de muchas otras, como para poder decir que el disparo sin apuntar es suficiente para el peligro dolo¹¹⁰. Y todavía reconoce PUPPE que el autor ha podido confiar en su magnífica puntería para no aceptar que alcanzaría al no apuntado, aduciendo diversos argumentos en su contra, sin descartarlo¹¹¹.

En resumen: La doctrina mayoritaria discute sobre la *aberratio ictus*, anticipación del resultado, etc., porque trata de definir la imputación a título de dolo sobre conocimientos accidentales de los requeridos por el injusto, en lugar de hacerlo sobre el contenido de conocimientos acerca de las posibilidades de producción del resultado, que es lo que distingue al dolo de la imprudencia¹¹². Criterio con el que se dota de sentido teórico y práctico a una distinción que antes no la tenía, salvo a través de circunstancias anecdóticas para lo principal. Se explica así también que la doctrina, pese a sus especulaciones no conducentes a ningún resultado, intuyera la necesidad de una distinción como la propuesta por PUPPE cuando sostiene que en casos como la *aberratio ictus* un mismo resultado típico ha podido perseguirse dolosamente e imputarse a título de tentativa y producirse e imputarse a título de imprudencia, a la vez¹¹³.

En coherencia con su concepción del dolo como voluntad objetivada de peligro-dolo, real o supuesto dominio del proceso causal, el concepto de dolo es uno

110 Puppe, *Vorsatz...*, 50.

111 Puppe, *Vorsatz...*, 50. Con consideraciones ulteriores muy válidas sobre la *aberratio ictus*, el *dolus generalis* y el adelantamiento del resultado.

112 Puppe, *Vorsatz...*, 51 ss.

113 Puppe, *Vorsatz...*, 62.

unitario, que permite prescindir de las tradicionales formas del dolo¹¹⁴. Pues tanto en el dolo directo como en la intencionalidad coinciden las persecuciones de la meta con el empleo del método más seguro de producción del resultado típico; mientras que, en el dolo eventual, primero hay que preguntar por la estrategia del autor para alcanzar su meta y después si la producción del resultado se ha alcanzado a través de la perseguida por aquél, con lo que lo que únicamente se hace es diluir la exigencia de un peligro dolo¹¹⁵. Por tanto, hay que quedarse con una única forma del dolo como peligro dolo que caracteriza al concepto de dolo¹¹⁶.

Se puede entender la intencionalidad como causa del desarrollo posterior del plan, del que el resultado típico sería el producto, mientras que en las restantes modalidades tradicionales del dolo la intencionalidad queda a la izquierda. Pero eso es irrelevante y manifestación del dolo como voluntad en sentido naturalístico¹¹⁷.

“Está en la consecuencia del entendimiento del dolo como voluntad objetivada, que el concepto de intencionalidad igualmente se objective y así hacer que se correspondan el concepto de querer y el concepto de dolo. Al autor por tanto se imputa la producción de un resultado como intencional si actuar representa un método adecuado de producción de ese resultado bajo las condiciones conocidas o supuestas por él”¹¹⁸.

Objetivando la intencionalidad, se salva el escollo en el delito intencional del partícipe que no actúa con intencionalidad; p. ej., la participación en el encubrimiento: taxista que ayuda al ladrón a trasladar el botín¹¹⁹.

Consideraciones críticas:

1) Está bien formulada la erste Vorsatzrechnung?

La *erste Vorsatzrechnung* de PUPPE, según la cual si en casos como el del error en el golpe puede haber un concurso entre un delito imprudente y una

114 Puppe, *Vorsatz...*, 64.

115 Puppe, *Vorsatz...*, 64.

116 Puppe, *Vorsatz...*, 64.

117 Puppe, *Vorsatz...*, 66.

118 Puppe, *Vorsatz...*, 66.

119 Puppe, *Vorsatz...*, 69.

tentativa de delito, en el homicidio, p. ej., es porque el derecho penal conoce un supuesto de imputación del que es constitutivo lo que el autor conoce, es tan elocuente porque contempla lo acontecido desde dos planos distintos, uno primero, el resultado producido, a cuya luz, en los casos utilizados, el resultado es imputable a título de homicidio imprudente, y un segundo plano, el del momento de la acción, a cuya luz lo que desembocó en el resultado es imputable sólo a título de tentativa, porque el resultado, tal como se produjo, no presentaba la forma de producción que el dolo del autor se había representado. Luego, en realidad, lo que PUPPE llama forma de imputación dolosa, no constituye auténtica imputación, sino más bien, ausencia de imputación por falta de representación dolosa del resultado producido.

Para que la *erste Vorsatzzurechnung* de PUPPE cumpla la función que la autora le asigna, es necesario que, como ella hace, consecuentemente, se parta de la base de que la cuestión del dolo en derecho penal es la de conectar el resultado producido, que es lo que se imputa, con la representación que el autor tuvo de dicho resultado, de manera que según sea una u otra, peligro mayor o menor representado, la imputación será a título de dolo o de imprudencia. El problema de esta consideración, normativa, del dolo es que no proporciona un criterio del que poder deducir como consecuencia la imputación del resultado a título de dolo o de imprudencia. O, lo que es lo mismo, sin consideración de lo representado en la psique del autor antes de producirse el resultado, no disponemos de posibilidad alguna de decidir la imputación a título de dolo o de imprudencia.

2) *Es correcto el criterio de la echte Konkretisierung como complemento necesario de la erste Vorsatzzurechnung?*

La exigencia de que los datos psíquicos relevantes para el dolo tengan que ver con la auténtica *Vorsatzkonkretisierung*, prescindiendo de cualquier otra consideración que el autor haga sobre el objeto del dolo referido al resultado, cantidad mayor o menor de lo hurtado, características personales de la víctima del homicidio, etc., es un gran acierto de PUPPE, que evita muchos de los problemas que se le suscitan a la doctrina dominante en los casos de desvío por no ser capaz de abstraer de los datos psíquicos aquellos que realmente son relevantes para la imputación penal a título de dolo.

Ahora bien, abundando en lo ya aducido al precisar el significado de la *erste Vorsatzzurechnung* en el pensamiento de PUPPE (supra 1), la *echte Vorsatzkonkretisierung* tampoco permite prescindir de la concreta representación psíquica del autor, pues sin comparación entre lo que el autor se representó en concreto (naturalísticamente) y lo relevante para poder hablar de *echte Vorsatzkonkretisierung* (normativamente), no es posible decidir si el autor efectivamente ha “hecho” una *echte Vorsatzkonkretisierung*.

En conclusión, pues, es imprescindible una mínima consideración del dato psíquico naturalístico para decidir la cuestión fundamental de la imputación a título de dolo, no bastando con consideraciones puramente normativas (límites a la normativización del dolo).

3) Concepto normativo de dolo. Delimitación normativa entre el dolo y la imprudencia

PUPPE quiere utilizar la normativización del dolo para obtener un criterio de distinción entre el dolo y la imprudencia que permita deducir del mayor peligro creado en los casos de dolo, un elemento de voluntad de resultado, con lo que salvar el aspecto volitivo del dolo junto al intelectualivo que sostienen también otros autores. Podemos decir que la tesis de PUPPE sobre el dolo se diferencia de otras tesis intelectualistas, que simplemente apuntan a que mientras mayor sea el peligro representado, mayor será la voluntad de su producción, en que ella requiere que al mayor peligro un observador razonable lo denomine querer.

El hecho de que no haya criterio concreto de trazado del límite (salvo lo que PUPPE dice sobre el actuar en la confianza de la no producción del resultado), convierte a la cuestión en una cuestión semántica basada en explicaciones verbales distintas para aludir a las mismas cuestiones a resolver, con los mismos criterios, de mayor o menor peligro.

4) Concreción del dolo en el resultado

En cuanto a la concreción en el resultado del peligro representado, partiendo de su premisa básica de que tanto valen los factores causales como los indicios, de los que si los factores causales representados se materializan en el

resultado se ha consumado el correspondiente delito doloso, mientras que si se ha concretado el mero indicio pero el concreto resultado es producto de un peligro insuficiente para calificarlo de doloso, y sí un simple peligro imprudente, entonces concurso, o incluso fortuito, y entonces sólo responsabilidad por tentativa, lo que evidencia es que el indicio no constituye un buen criterio de imputación a título de dolo por el peligro desencadenado, sino una muestra más de que el dolo es ante todo desarrollo consciente de curso causal peligroso.

5) Intencionalidad

La consideración de PUPPE sobre la intencionalidad en derecho penal, es la misma de muchos autores, proclives a no asignarle especificidad alguna como modalidad del dolo. Detrás de ese desdén, sobre todo por parte de los normativistas, está precisamente el afán de construir el dolo con criterios puramente normativos de imputación, sin otorgar papel alguno a los aspectos psíquicos (naturalísticos) del dolo, sin los cuales, efectivamente, es imposible construir un concepto de intencionalidad en derecho penal. Este rechazo no se detiene ni siquiera ante figuras delictivas de la Parte especial, concretamente muchos de los tipos delictivos del Derecho penal económico, que requieren la intencionalidad como forma específica del dolo que permite diferenciar al ilícito penal del ilícito civil, con el ejemplo paradigmático de la estafa¹²⁰.

Con todo, el argumento principal contra el afán de negar significado alguno a la intencionalidad, en el plano general, se encuentra en el hecho del que por cierto derivan muchas consecuencias, entre otras las antes opuestas al pensamiento del PUPPE sobre la *erste Vorsatzrechnung* y la *echte Vorsatzkonkretisierung*¹²¹, de que el elemento subjetivo del injusto penal del que no se puede prescindir, como estamos defendiendo en este ensayo, exige que en todo delito exista inicialmente un elemento de intencionalidad, entendida en el sentido de proponerse realizar algo, como momento sin el cual la norma penal no puede cumplir su función preventiva genuina de motivar al ciudadano.

120 Vid. Cuello, "La intencionalidad...", 13 ss.

121 Vid. supra 8, 1) y 2).

La intencionalidad, entendida en este sentido, muestra que el dolo no puede limitarse a ser un criterio de imputación del resultado si se dan determinados presupuestos (psíquicos) en su realización, sino que ya previamente, también aparece como el punto de partida de toda imputación penal, que requiere que el injusto penal se configure desde la perspectiva del destinatario de la norma jurídica.

Que PUPPE intuye algo de esto lo evidencia un pasaje del capítulo dedicado a la intencionalidad en derecho penal, donde le niega relevancia para la imputación y defiende un concepto único de dolo (no tiene sentido distinguir entre intencionalidad, dolo directo y dolo eventual). Al final de ese capítulo¹²², afirma que no se debe caer en el equívoco de entender que su concepción del dolo sea una que prescinde de lo finalmente dirigido por el autor conforme a un plan individual, sustituido por una medida general y por tanto racional y ajena. Lo contrario es el caso. Las metas y planes del autor, sus cualidades para anticipar los efectos y la dirección de su comportamiento a un fin y su adaptación a las circunstancias concomitantes cambiantes, incluidos sus esfuerzos por evitar, es decir, la finalidad del actuar humano, es el material de partida para la decisión de si ello representa la aplicación de una estrategia de realización del tipo o no.

Y continúa¹²³, en la línea de lo antes afirmado al comentar su concepción de la *erste Vorsatzzurechnung* y la *echte Vorsatzkonkretisierung*: En la solución de los casos del dolo general y la anticipación del resultado es decisivo para la valoración del actuar como empleo de un método para matar si el autor persiguió la finalidad de golpear o estrangular a la víctima hasta la inconsciencia.

No cabe mejor forma de reivindicación de la intencionalidad en el sentido en el que lo estamos haciendo aquí. Por lo que cabe concluir que lo normativo del dolo descansa sobre un sustrato naturalístico que no es posible ni necesario desmentir.

122 Puppe, *Vorsatz...*, 70.

123 Puppe, *Vorsatz...*, 71.

9. DOLO COMO ACCIÓN

La importancia de entender el injusto como acción, no como mera representación de la que deducir voluntad, es quizá más evidente en el delito doloso que en el imprudente, aunque esta concepción no es tan impactante como en el delito imprudente, por el desdén tradicional hacia el elemento subjetivo de la imprudencia. Y es más importante porque aquí los esfuerzos por objetivar el dolo han evidenciado los límites de esa objetivación, por un lado, y a la vez, aunque parezca paradójico, que no lo es sino más bien manifestación de la unidad inescindible del elemento objetivo y subjetivo contradictorios, sirven para acotar un elemento subjetivo en peligro de invitar al subjetivismo, innecesario para la exigencia fundamental del derecho penal, de protección de bienes jurídicos.

El dolo como acción impide partir de la premisa según la cual, realizado plenamente el tipo objetivo y consumado el delito en los tipos de resultado, haya que dilucidar si es imputable a título de dolo o de imprudencia. No. El dolo como acción obliga a situarse en la perspectiva *ex ante* para comprobar si el conocimiento y la voluntad derivable del conocimiento permite decidir el peligro mayor o menor que ha querido crear el autor y como tal se ha concretado en el resultado. En el ejemplo de PUPPE, el dolo sólo aparece en su función secundaria, la que dilucida si el resultado es reconducible a dolo o imprudencia, cuando la función genuina del dolo es la de determinar qué quiso el autor cuando produjo el efecto que produjo (en el error en el golpe: matar a B, como consecuencia de lo cual no mata B sino a C, que estaba junto a B).

Aclarado lo cual, es una cuestión axiológica imputar el resultado ocasionado a título de dolo o de imprudencia en función de la concreción en el resultado del nexo causal que el autor se representó. Como axiológica es también la cuestión de dónde trazar el límite entre el dolo y la imprudencia en función del grado de peligro representado¹²⁴ e incluso la tendencia de la doctrina de la imputación objetiva a reconocer una única modalidad de dolo (supresión del dolo eventual). También en este ámbito pueden jugar un papel los criterios de imputación

124 Vid. al respecto Cuello, "Dolo e imprudencia...", 153 s.

objetiva; mejores, por más concretos y mejor sistematizados, que el criterio de interpretación teleológica de los tipos penales¹²⁵. Ejemplo: disparo doloso con muerte de la víctima por incendio en hospital.

En cualquier caso, de lo que no puede prescindirse es de la concreta representación del curso causal con el que el autor quiere producir el resultado. Pues sólo él permite decidir si el desvío es esencial o inessential, o si no es exigible la representación del concreto curso causal, porque el que se representó es lo suficientemente próximo al que sí lo produjo como para poder seguir imputando a título de dolo. Etc.

De exigencia tan simple y evidente del dolo cabe derivar la consecuencia de que toda forma relevante de acción en derecho penal exige tener en cuenta la intencionalidad de la acción.

10. DOLO COMO INTENCIONALIDAD

La intencionalidad es presupuesto naturalístico de toda imputación penal. Tanto en el delito doloso como en el imprudente, la única manera de que el sujeto pueda ser consciente de y evitar lo que constituye un injusto penal es su actualización de que se propone realizar algo. A eso cabe llamarlo intencionalidad. Sólo quien se propone adelantar a otro vehículo puede actualizar que corre el peligro de colisionar con el automóvil que viene en dirección contraria. Es cierto que no se le hace responder en su caso por eso. Intencionalidad no es dolo. Es cierto que se le hace responder por ser consciente de que, al hacerlo, adelantar, estaba creando el peligro de colisionar con el otro vehículo que se acercaba en la dirección contraria. Pero sin intencionalidad de hacer algo, no cabe

125 A lo que propenden autores incardinados en la Escuela de Zaragoza: María Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, 2001; Luis Gracia Martín, Prólogo a la obra de Rueda Martín acabada de citar; Alicia Gil Gil, "Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva", *Revista de Derecho penal*, 1 (2002): 29 ss.

actualizar peligro alguno de lesionar un bien jurídico al hacerlo, base del comportamiento doloso e imprudente.

La intencionalidad no añade nada al comportamiento doloso ni al comportamiento imprudente, que lo serán por la consciencia del autor del mayor o menor peligro que crea la acción que emprende y desemboca en el resultado. Dolo e imprudencia, incluso, son formas de imputación del resultado, como quiere PUPPE, en función del grado de peligro que se concretó en el resultado. Pero, a veces, como ocurre en la estafa, el tipo requiere algo más. Requiere que el autor haya dirigido la acción intencionalmente al resultado desde un principio, a la lesión del bien jurídico. En la estafa sólo se pone a quien dirigió sus actos desde el principio a perjudicar mediante el engaño a la víctima, con exclusión de cualquier otra forma de imputación, incluido el dolo directo de segundo grado. En esos casos, es el elemento subjetivo el que colorea decisivamente al comportamiento delictivo, distinguiendo al injusto penal de estafa del mero ilícito civil del perjuicio patrimonial¹²⁶.

Lo cual a su vez no quiere decir que el injusto penal se sustente en el caso de la estafa, o en otros delitos que rigen intencionalidad, sólo en el elemento subjetivo, pues ese elemento subjetivo de intencionalidad tiene que ir dirigido a la lesión del bien jurídico, en nuestro caso el patrimonio de la víctima. Constituyendo ello una buena muestra de lo inescindibles del elemento objetivo y el elemento subjetivo en teoría del delito.

Con lo cual se evidencia que todo el sistema penal requiere establecer siempre una conexión indeclinable de elementos que se necesitan pese a su contradicción dialéctica. Lo que explica que el debate injusto personal-imputación objetiva, como el debate de hace unos años entre desvalor-acción y desvalor-resultado, es ineludible, habiendo sido vanos hasta ahora todos los intentos de resolverlo por no aceptar que siempre persistirá.

126 Vid. Cuello, "La intencionalidad...", 18.

11. EL ELEMENTO SUBJETIVO COMO CRITERIO DE NORMATIVIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

Como bien dice FRISCH, se necesitan estándares para aquellas situaciones en las que no existe una norma específica que permite actuar a pesar de los riesgos que se pueden crear, lo que ocurre en prácticamente todos los órdenes de la vida contemporánea¹²⁷, siempre que no se sobrepase ese riesgo permitido. De hecho, podemos decir, el criterio del observador objetivo *ex ante* es uno de esos estándares, quizá el más significativo y frecuente.

La cuestión es que, por la naturaleza de esos estándares y las situaciones regidas por ellos, frecuentemente será el caso que factores que inciden en esa situación (incluidos los introducidos por el mismo sujeto en la situación), alterándola, por tanto, en otra situación, sí estén regidas por normas más concreta, respecto a las que no vale ya el estándar sino el conocimiento de la concreta norma o su desconocimiento subjetivos, que desplazan al estándar objetivo.

Esto quiere decir que el elemento subjetivo ofrece particularidades de imputación que el mero elemento objetivo representado por el observador objetivo *ex ante* no permite. Circunstancia que está muy presente, siendo decisiva para la imputación o no, especialmente para el dolo, en los casos de dirección a evitar¹²⁸, no por casualidad eludida forzosamente por los defensores de la doctrina de la imputación objetiva. Por ello, y porque el derecho penal es derecho penal de la culpabilidad, a diferencia del civil, donde encaja mejor la doctrina de la imputación objetiva, que por eso nació allí, no se puede prescindir del elemento subjetivo en derecho penal, necesario siempre y decisivo (intencionalidad) a veces.

127 Vid. supra 4, c).

128 Vid. Cuello, "Dolo en imprudencia...", 149 ss.

12. ¿CONOCIMIENTOS ESPECIALES O TIPO SUBJETIVO?: LUÍS GRECO

GRECO¹²⁹, se ha propuesto diluir el problema del *Sonderwissen* (principalmente su dificultad derivada de la referencia a los conocimientos subjetivos del concreto autor en un sistema de imputación objetiva basado en el observador objetivo *ex ante*), entendiendo que constituye algo subjetivo anticipado en lo objetivo, sin distorsionar su objetividad derivada de formar parte de lo que ha de constatarse para poder decir que se ha creado un peligro objetivo más allá del causalismo y del finalismo anterior, que pecaban el uno de otorgar relevancia a cualquier peligro *ex post*, y el otro de otorgársela a la sola representación subjetiva de un peligro, aunque no supusiera la creación de peligro objetivo alguno¹³⁰. La creación de un peligro objetivo *ex ante*, evidenciada en que no quepa descartar con seguridad que el peligro creado no desencadenará el resultado¹³¹, fundamenta la imputación objetiva como superación del causalismo y el finalismo.

Siendo de esas premisas de donde deduce GRECO que cuando ha estado presente un conocimiento especial de peligro que no habría tenido otro en lugar del concreto autor ni el observador objetivo *ex ante*, ese conocimiento especial “carga” a quien lo tiene, en contra de lo sustentado por JAKOBS, porque quien sabe más puede y debe evitar más sin que eso suponga una sobrecarga para él¹³², y quien tiene el conocimiento especial de la no concurrencia del peligro allí donde otros y el observador objetivo lo habrían tenido por presente descarta la imputación objetiva porque sin peligro, por ausencia de posibilidad del resultado, se descarta la imputación objetiva dada la falta de su principal criterio, en contra de lo sustentado por el finalismo, que apela a excluir en el tipo subjetivo¹³³ lo que debe descartarse ya en el tipo objetivo.

129 Luís Greco, “Das Subjektives an der objektiven Zurechnung: Zum «Problem» des Sonderwissens”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117, 2005-III, 519 ss., 531 ss. El pensamiento de Greco está muy bien expuesto y criticado, en la misma línea que se hace aquí, en Serrano, “Sobre la consideración...”, 635 ss.

130 Greco, “Das Subjektives...”, 547.

131 Greco, “Das Subjektives...”, 548.

132 Greco, “Das Subjektives...”, 543.

133 Greco, “Das Subjektives...”, 547.

GRECO trata de evitar el *totum revolutum* que suponen soluciones alternativas a la de la imputación objetiva, que no distinguen entre la comprobación del peligro como hecho objetivo y el juicio de peligro basado en el equilibrio necesario entre la protección de bienes jurídicos y la libertad para hacer cosas en que se basa el sistema de Derecho penal, entendiendo que forma parte de la comprobación del primer peligro el que no sea descartable por el observador objetivo ni por los conocimientos especiales del concreto autor, a cuya comprobación sólo con posterioridad se añadirán otros peligros autorizados a hacer correr al bien jurídico¹³⁴.

De esta manera, no existe un problema de los conocimientos especiales, porque no forman parte de lo que puede ser o no autorizado¹³⁵. De ahí la paradoja aparente de que los conocimientos especiales que surgieron con la discusión para ampliar la imputación objetiva, a la postre manifiestan su principal efecto, a la hora de la imputación, para descartarla cuando lo que hubo fueron conocimientos especiales de la *ausencia de peligro*¹³⁶.

Valoración crítica:

Si el saber especial acerca del no peligro excluye la imputación objetiva, quiere decir que lo que el concreto autor (no el observador objetivo *ex ante*) sepa es decisivo para la imputación. En los restantes casos de imputación objetiva, lo que el concreto autor, como el observador objetivo, sepan sobre el peligro que están creando es también decisivo para la imputación, incluido lo que el concreto autor conoce mejor que el observador objetivo *ex ante*.

Luego, es siempre decisiva la representación del peligro. El observador objetivo, en su aspecto de “conocedor de peligros”, no puede aportar nada más que la creación de peligro allí donde no es completamente descartable que pueda desencadenar el resultado cuyo peligro de producción quiere evitar.

134 Greco, “Das Subjektives...”, 549.

135 Greco, “Das Subjektives...”, 549.

136 Greco, “Das Subjektives...”, 549s.

Este peligro, lo mismo que en la tentativa, no es más que peligro derivado de realizar una acción peligrosa. Todas las acciones amenazadas con pena se caracterizan por eso: prevenir la puesta en marcha de cursos peligrosos para los bienes jurídicos. Otro argumento para prescindir del observador objetivo *ex ante*: No aporta más que otros modelos y sin embargo crea la sospecha de que ha sido “inventado” para dar cobertura a los conocimientos especiales¹³⁷.

En cambio, en todo lo demás, en lo que la doctrina de la imputación objetiva tiene de no imputación *ex post* de resultado no reconducible al peligro objetivo que la norma penal quiere prevenir, siempre y cuando haya mediado en su producción la acción evitable por conocimiento de las circunstancias objetivas que la prohíben del injusto personal, conserva todo su valor. Sólo que *ex ante* el observador objetivo no juega papel alguno independiente de la representación subjetiva (tipo subjetivo) del peligro objetivo que la norma penal quiere prevenir.

13. EL ELEMENTO SUBJETIVO COMO GARANTÍA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

La norma que prohíbe arrojar piedras que pueden alcanzar la cabeza de la víctima y causarle la muerte (homicidio imprudente) es distinta a la que prohíbe hacer lo mismo contra un hemofílico, por lo que es necesario, en el segundo caso, que el autor sepa de la enfermedad de la víctima.

Cuando no lo sabe, no ha lesionado la segunda norma y, si se ha sabido que la muerte la ha ocasionado la hemofilia, o que esa ha podido ser la causa, tampoco la primera (por no ser el resultado concreción de aquella norma, sino el de una que el autor no se representó).

En estos casos, es la propia doctrina de la imputación objetiva la que obliga a no imputarlo por ausencia del elemento subjetivo; lo que no se puede disimular con el expediente de la relevancia de los conocimientos especiales. Se explica

137 Vid. ya Serrano, “Sobre la consideración...”, 645.

así la defensa agónica de los conocimientos especiales en el seno de la doctrina de la imputación objetiva¹³⁸.

Pero eso no oculta que la doctrina de la imputación objetiva aparece en este aspecto como aportación a la exigencia de que la culpabilidad penal requiere que el resultado sea uno que caiga dentro del ámbito de la concreta norma lesionada, que el autor se representó como prohibitiva de la producción de ese resultado (el injusto como referencia de la culpabilidad).

14. EL ELEMENTO SUBJETIVO COMO EXIGENCIA DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO PENAL (INJUSTO DE TENTATIVA)

La tentativa, caracterizada *ex definitione* por la ausencia de resultado, sólo es concebible sobre la base del plan del autor dirigido a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico mediante puesta en marcha de curso causal adecuado a la producción del resultado¹³⁹.

Ni la teoría de la peligrosidad *ex post* para fundamentar la tentativa ni la de la peligrosidad *ex ante*, constituyen expedientes adecuados. La primera, no, porque *ex post*, si el resultado no se ha producido, y eso es lo que ocurre en la tentativa, es porque no ha sido puesto en peligro. La única prueba del peligro, es la lesión de que va seguido. La segunda, tampoco, peligrosidad *ex ante*, porque ese término constituye un oxímoron, por la razón que se acaba de decir para descartar la peligrosidad *ex post*. *Ex ante* la única peligrosidad que podemos conocer es la inherente a un curso causal que conforme a leyes causales generales es adecuado para causar el resultado¹⁴⁰.

Cuando ha sobrevenido la imposibilidad de que un curso causal desemboque en el resultado es aleatorio e independiente del conocimiento del autor o de cualquier otro en su lugar. Podemos saber, siempre *ex post*, qué factor impidió

138 Vid. supra 12.

139 Vid. Cuello, *El Derecho Penal...*, 25 s., 30 s.

140 Vid. Cuello, *El Derecho Penal...*, 59.

que el resultado sobreviniera, pero no podemos saber si en ausencia de ese factor no habría sobrevenido otro que también lo hubiera impedido¹⁴¹.

La función de prevención *ex ante* del derecho penal sólo puede cumplirla mediante la prohibición de puesta en marcha de curso causal conforme a plan del que lo desencadena. Sin que se pueda ver aquí una ampliación excesiva de la imputación penal, como los mismos defensores de la doctrina de la imputación objetiva, con ROXIN a la cabeza¹⁴², defienden para fundamentar la imputación por tentativa. El único peligro constatable *ex ante* reside en la consciencia de hacer algo que puede causar la lesión del bien jurídico.

Y claro está que la intención inherente al desarrollo de ese plan, tiene que ir dirigida a algo objetivo, la lesión del bien jurídico, con lo que se evita el subjetivismo que la doctrina de la imputación objetiva achaca impropriamente a la doctrina del injusto personal, cuando no alcanza a desbaratarlo objetivamente (peligrosidad objetiva “*ex ante*”).

15. ELEMENTO OBJETIVO Y ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO Y SISTEMA DE DERECHO PENAL

El reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia, cada vez más asumido por autores no incardinados en el seno del finalismo, representa algo más que el rebrote de un enfoque penal que siempre tuvo mucho crédito. Representa también el rechazo de una tendencia que se comenzaba a extender dentro de la doctrina de la imputación objetiva y en general al hilo de la creciente normativización de la teoría del delito, a prescindir del elemento subjetivo en la configuración del injusto donde el tipo objetivo, en su caso, cada vez más concretamente configurado (para dar cabida a los conocimientos especiales), lo agotaría.

En realidad, no tiene ya mucho sentido, después de lo ocurrido en el debate entre naturalismo y normativismo que se ha alargado durante muchos años,

141 Vid. Cuello, *El Derecho Penal...*, 35 s. Vid. también Serrano, “Sobre la consideración...”, 648 s.

142 Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros), (Madrid: Civitas, 2014), 437.

seguir pretendiendo la concepción monista de la imputación objetiva ni la opuesta, del injusto personal. Ambos monismos, deben ser suplidos por un nuevo monismo que los supere, *más allá del naturalismo y el normativismo*, en una línea que esbozamos para terminar de la siguiente manera:

La norma acota los peligros previsible y no permitidos (permite muchos). No es necesario además que lo sean para un observador objetivo en lugar del autor.

Pero sí cabe (lo que abunda no daña) acotar el peligro objetivo que la norma quiere atajar mediante la figura del observador objetivo en lugar del autor, que concreta el peligro que la norma quiere evitar al modo de, p. ej., el primer criterio de imputación objetiva, del ámbito de protección de la norma, o al de disminución del riesgo, o al de consentimiento en el riesgo, etc.

El peligro no permitido por la norma se lo ha tenido que representar y pese a ello actuar el autor. Sin representación del peligro desencadenado no hay acción delictiva ni posibilidad alguna de imputarlo a quien lo ha causado desconociéndolo¹⁴³.

El peligro objetivo desencadenado conscientemente por el autor puede constituir peligro real *ex post* o no según que la representación coincida o no con aquella (no coincide, p. ej., en la tentativa inidónea). La representación fundamenta sin embargo injusto, aunque no vaya seguida de peligro *ex post*.

El peligro objetivo que el autor se ha representado puede desencadenar el resultado-lesión de una manera que se desvía esencialmente o no de la que el autor se representó (representación del curso causal), desfase que siempre existe entre el curso causal representado y el causante del resultado¹⁴⁴.

143 Vid. ya Serrano, "Sobre la consideración...", 640: "El grado objetivo de peligro (criterio básico de la imputación objetiva), por sí solo, aisladamente del tipo subjetivo, no puede desempeñar su cometido de restricción de la tipicidad" (subrayado en el original). La norma del art. 5 CP ("no hay pena sin dolo o imprudencia") no quiere decir que pueda haber delito sin dolo o imprudencia, por la mera concurrencia del tipo objetivo; sólo advierte de que el art. 138, p.ej., tipifica la muerte dolosa, aunque la redacción del homicidio la hace el Legislador en términos objetivos.

144 Vid. Cuello, "Fundamentos para un sistema...", 15.

Siempre es necesario contrastar el devenir real de los acontecimientos con las representaciones del autor sobre esos acontecimientos, espacio a llenar con los criterios de imputación objetiva, del tipo concreción del riesgo típico, concurrencia de riesgos o comportamiento alternativo correcto.

Conclusión: Desde el riesgo objetivo que quiere prevenir la norma hasta el resultado-lesión que se entiende concreta el que perseguido por la norma y desencadenado por el autor mediante acción consciente del peligro que la norma quiere atajar, el elemento objetivo y el elemento subjetivo del delito forman una unidad inescindible que, separable analíticamente, tiene que ser refundida en una unidad monista que no es ni la del injusto personal ni la de la imputación objetiva.

Como ocurría con el desvalor-acción y el desvalor-resultado, el hecho de que no satisfaga a ninguno de los extremos polarizados lo que sustenta el otro, da cuenta de lo que quiere decir “unidad inescindible”. Y que quizá sólo quepa formular como que se deben refundir para restringir la aplicación del Derecho penal, no para ampliarlo¹⁴⁵.

Si fuimos capaces de sobrevivir con la antinomia desvalor acción-desvalor resultado, con sus dificultades y posibilidades de aplicación a la tentativa, seremos capaces de asumir y extraerle utilidad a la antinomia injusto personal-imputación objetiva, por la vía de restringir la aplicación del Derecho penal.

En suma, hay que partir de la protección de los bienes jurídicos en el sentido pretendido por la doctrina de la imputación objetiva y de su plasmación final en el desvalor-resultado. Lo que ocurre es que en seguida nos encontramos con las exigencias derivadas de la doctrina del injusto personal, que remite a acciones con consciencia de su capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, plasmado en el desvalor acción. Sin que se pueda escamotear esa incidencia, en contra de lo que ha pretendido la doctrina de la imputación objetiva, con el expediente principal de los conocimientos especiales.

145 Vid. Cuello, “Falsas Antinomias...”, 809 s.

Pero lo que ocurre es que si se tiene en cuenta la secuencia imputación objetiva-injusto personal, se comprobará que, por decirlo una vez más, el gran error de estos años ha sido prescindir cada uno de estos enfoques del enfoque opuesto, sin darse cuenta de que ambos se necesitan sin poder diluirse un modelo en el otro. Al final, se imputa como quiere la doctrina de la imputación objetiva (algo semejante puede decirse del desvalor-resultado). Pero entremedio hay que tener en cuenta las exigencias del injusto personal, con sus propias restricciones (y alguna ampliación: tentativa inidónea). Todo lo cual se plasma en una amalgama de elementos de diversa procedencia, necesitados de ensamblar en una unidad antitética difícil de articular.

La explicación última de este fenómeno caracterizador de la dogmática penal, reside en que el Derecho penal es derecho penal de la culpabilidad, que debe ser llevado hasta sus últimas consecuencias (en su caso justificando determinadas restricciones: delitos de peligro abstracto, criminalidad organizada, responsabilidad penal de las personas jurídicas, decomiso, etc.). Pero la consecuencia fundamental del principio de culpabilidad a la hora de recortar la imputación objetiva con el injusto personal, es su exigencia de que el autor se ha tenido que representar el contenido específico de la concreta norma penal lesionada en el caso.

16. RESUMEN FINAL

1. Función del Derecho penal es prevenir la lesión de los bienes jurídicos.
2. El Derecho penal prohíbe la lesión o el peligro del bien jurídico como resultado.
3. La prohibición sólo es posible a través de acciones que conscientemente lesionan o ponen en peligro el bien jurídico.
4. Puede haber lesión o peligro del bien jurídico no prohibidos por no conciencia de la lesión o el peligro por parte del causante.
5. El resultado debe ser plasmación del concreto peligro abarcado por la norma y conocido por el autor.

6. Si no es así, no se imputa el resultado, aunque haya sido plasmación de una norma más genérica que sí se representó el autor.

Este último punto es lo más parecido a la forma de dar cuenta de la superación de las antinomias imputación objetiva/injusto personal, desvalor acción-desvalor resultado, por vía de restricción de la imputación penal a través de la influencia simultánea del doble principio del Derecho penal de protección de bienes jurídicos y culpabilidad (de donde por cierto procede la doble antinomia inevitable e "irreductible").

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Burkhardt, Björn. "Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la «confusión entre lo subjetivo y lo objetivo»" (trad. Nuria Pastor Muñoz). En *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Editado por Jürgen Wolter/Georg Freund. 156 y ss. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Cancio Meliá, Manuel. "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?". En *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater*. Coordinado por Jacobo Barja de Quiroga et alii. Vol. I. 57 y ss. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Cuello Contreras, Joaquín. "Falsas antinomias en la teoría del delito". *Anuario de Derecho Penal XLIV-III (1991-III)*: 791 ss.
- Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho penal español, Parte general, Nociones introductorias, Teoría del delito*. Madrid: Dykinson, 2002.
- Cuello Contreras, Joaquín. «Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse». *Revista de Derecho penal y Criminología* 16, 2ª época (2005): 11 ss.
- Cuello Contreras, Joaquín. "Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo". *Revistas Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, 08-01 (2006).
- Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho penal español, Parte General, volumen II, Teoría del delito (2)*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Cuello Contreras, Joaquín. "Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto". En *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee* (Julio B. J. Maier y otros, dirs.). Ad hoc, 2011.

- Cuello Contreras, Joaquín. “La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función definidora del elemento subjetivo en Derecho penal, con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, ejemplificada en la *insolvencia* y el *decomiso*”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, 2 (2019).
- Esquivias Valverde, Patricia. “¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal”. *Cuadernos de Política criminal* 118-1. época 2ª, (2016): 185 ss.
- Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Frisch, Wolfgang. “Delito y sistema de delito”. En *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Editado por Jürgen Wolter/Georg Freund. 156 y ss. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Gil Gil, Alicia. “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”. *Revista de Derecho penal* (Argentina), 1 (2002).
- Gracia Martín, Luis. *Prólogo* a María Ángeles Rueda Martín. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*
- Greco, Luis. “Das Subjektives an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens”. En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Vol. 117, nº 3. 519 ss. De Gruyter, 2005.
- Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Universidad Autónoma, 1996.
- Kindhäuser, Urs. “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva” [trad. Juan Pablo Mañalich Raffo]. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, 4 (2008).
- Puppe, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg, 1992.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Rueda Martín, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las*

valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2002.

Serrano González de Murillo, José Luis. “Sobre la consideración de los «conocimientos especiales» del sujeto en el juicio objetivo de peligro”. En *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee* (Julio B. J. Maier *et alii*, dirs.). Ad hoc, 2011.

Struensee, Eberhard. “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, “El tipo subjetivo del delito imprudente” [trad. Joaquín Cuello Contreras]. *Anuario de Derecho penal* 40 (1987): 423 ss.

Struensee, Eberhard. “Individueller Masstab der Fahrlässigkeit”. En *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*. Editado por Wolfgang Joecks *et alii*. C.F. Müller GmbH, 2010.

Joaquín Cuello Contreras
Área de Derecho Penal
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
jcuello@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-2144-6226>