

# Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español

JOSE CERÉZO MIR

## 1). *Evolución dogmática del concepto de lo injusto (1) de los delitos dolosos.*

a) En la dogmática jurídico-penal de principios de siglo se intentaba delimitar la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta delictiva, por medio del contraste objetivo-subjetivo. El juicio disvalorativo de la antijuricidad era referido exclusivamente a los elementos objetivos o externos de la acción. El lado subjetivo de la acción constituía, en cambio, la culpabilidad. Esta concepción de los caracteres del delito estaba vinculada al concepto causal de la acción. La acción era concebida como un proceso causal que tenía su origen en un acto voluntario. El contenido de la voluntad era alejado del concepto de la acción. Los elementos de la acción eran la manifestación de voluntad, el resultado y la relación de causalidad. En la doctrina de la antijuricidad se asignaba después consecuentemente todo lo «externo» a lo injusto y se relegaba, en cambio, lo «interno» a la culpabilidad. Esta concepción de lo injusto de los delitos dolosos se veía apoyada también, aparentemente, por el carácter objetivo de la antijuricidad. El hecho indudable de que la antijuricidad es un juicio disvalorativo objetivo, inducía fácilmente a la conclusión errónea de que dicho juicio disvalorativo tenía que tener sólo por objeto, necesariamente, los elementos objetivos o externos de la acción. Esta confusión en torno al sentido de la objetividad de la antijuricidad se ha aclarado solo mucho más tarde. La dogmática jurídico-penal de principios de siglo concebía la antijuricidad materialmente como lesión o peligro de un bien jurídico protegido.

---

(1) Los términos antijuricidad e injusto suelen ser utilizados a veces como sinónimos. No debe perderse de vista, sin embargo, la diferencia existente entre ambos conceptos. La antijuricidad es la relación de contradicción entre la conducta y el Derecho. Es un predicado que expresa el disvalor de la conducta. Injusto es la conducta antijurídica misma; es un sustantivo. Véase a este respecto WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 7 Aufl., 1960 pág. 49. En el mismo sentido, ahora, ENGISCHE, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag*, 1960, págs. 402-3.

La culpabilidad era concebida como la relación psicológica o subjetiva entre el autor y el resultado delictivo (2).

b) En esta concepción de la antijuricidad y la culpabilidad, orientada en el contraste objetivo-subjetivo, supuso el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto la introducción de un cuerpo extraño. Se puso de manifiesto, que no era posible concebir lo injusto específico de numerosas figuras delictivas de un modo puramente objetivo. El apoderamiento de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, no agota lo injusto específico del hurto (art. 514 C. p.). Este está constituido a la vez por el elemento subjetivo del ánimo de lucro. El apoderamiento de una cosa mueble ajena sin ánimo de lucro constituye un injusto civil (art. 1.902 del C. c.), pero no lo injusto específico del delito de hurto. En el delito de apropiación indebida (artículo 535) la acción típica de «apropiación» no puede ser concebida ni descrita sin el elemento subjetivo del ánimo de apropiación.

La doctrina de los elementos subjetivos de lo injusto es relativamente reciente. Las primeras sugerencias se deben a H. A. Fischer (3), en 1911. Hegler (4), M. E. Mayer (5), Sieverts (6) y Mezger (7) han sido sus principales impulsores. La existencia de elementos subjetivos de lo injusto es admitida hace ya tiempo en Alemania por la opinión dominante (8). En España la doc-

(2) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., 1960, pág. 54.

(3) *Die Rechtswidrigkeit*, 1911.

(4) *Z. Str. W. Bd.* 36, págs. 19 y ss. y *Frank-Festsgabe*. 1930, Bd. I, páginas 251 y ss.

(5) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, págs 10 y ss. y 185 y ss.

(6) *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

(7) *Die subjektiven Unrechtselemente*, *Ger. Saal* 89, 1923, págs. 207 y ss.; *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, *Traeger-Festschrift* 1926, pág. 187 y ss.; *Lehrbuch*, págs. 168 y ss.; *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, págs. 21 y ss. y *Kurz-Lehrbuch*, 8 te Aufl., págs. 86 y ss.

(8) Uno de sus principales detractores fué BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, págs. 10 y ss. La existencia de elementos subjetivos de lo injusto es negada hoy por H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 104 y ss. Los autores austriacos NOWAKOWSKI (*Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, págs. 47 y 54 y ss.), RITTLER (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2 te Aufl. 1954, págs. 121 y ss.), W. MALANIUK (*Lehrbuch des Strafrechts*, I, 1947, págs. 105 y ss.) y KADECKA (*Z. Str. W.* 59, B, 1939, págs. 10 y ss.) se han adherido fundamentalmente a la posición de Belling y no admiten tampoco la existencia de elementos subjetivos de lo injusto. Véase la crítica certera de ENGELH de las opiniones de RITTLER y BELING en *Rittler-Festschrift*, 1957, págs. 165 y ss. La existencia de elementos subjetivos de lo injusto ha sido negada recientemente por OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*. Berlín, 1959. Los elementos subjetivos de lo injusto pertenecen, según OEHLER, a la culpabilidad: su falta excluye, sin embargo, la antijuricidad. Esta contradicción en que incurre constantemente OEHLER es una prueba de la imposibilidad de fundamentar lo injusto específico de numerosas figuras delictivas y especialmente de la tentativa de delito, sin recurrir a determinados ele-

trina de los elementos subjetivos de lo injusto ha hallado un eco favorable. La existencia de dichos elementos es admitida por los penalistas patrios (9). Como ejemplos de elementos subjetivos de lo injusto en el Código penal se señalan, entre otros muchos, por nuestra doctrina la tendencia voluptuosa en el delito de abusos deshonestos (art. 430), el ánimo de lucro en los delitos de hurto (art. 514), y robo (art. 500), el ánimo de ofender en el delito de injurias (art. 457), la intención de descubrir los secretos en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497 y las miras deshonestas en el delito de rapto (art. 440).

El reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto representó, como decíamos, la introducción de un cuerpo extraño en la concepción de la antijuricidad entonces dominante, según la cual lo injusto de la acción estaba constituido exclusivamente por sus elementos externos y objetivos. A pesar de ello no se llevó a cabo, de momento, una revisión a fondo del concepto de lo injusto. Se consideró que el juicio disvalorativo de la antijuricidad se refiere regularmente al lado objetivo o externo de la acción y sólo en casos excepcionales a elementos subjetivos o anímicos (10).

c) La revisión a fondo de esta concepción de lo injusto se hizo de todo punto necesaria al poner de manifiesto la doctrina alemana que la voluntad de realizar un hecho delictivo es un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa (art. 43 del Código penal alemán). Lo injusto de la tentativa está constituido necesariamente por la resolución delictiva, es decir, el dolo

---

mentos subjetivos. OEHLEK recurre a estos elementos subjetivos constantemente para constatar el "fin objetivo" de la acción. Véase págs. 93, 95 ("La tipicidad del peligro para el bien jurídico desaparece si falta la intención"), 96, 97, 99, 101, 103, 105, 106 ("La tipicidad es excluida sólo si el autor no tenía excepcionalmente la intención de engañar"), 107, 108, 109, 110, 124, 126, 127, 128, 133, 135, 138, 139, 141, 166, 168, 170, 179 y 180.

(9) Véase por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de E. MEZGER, I, 1955, págs. 357-358 y 388; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, I, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 179-80; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, I, Parte General*, 12 ed., Barcelona, 1956, págs. 335 y 366; JIMÉNEZ ASÚA, *La Ley y el delito*, segunda edición, 1954, págs. 716 y ss., y JUAN DEL ROSAL, *Derecho Penal español, I*, Madrid, 1960, págs. 296 y ss. Los elementos subjetivos de las causas de justificación han sido apreciados en nuestro Código penal por ANTÓN ONECA, ob. cit., págs. 179-80 (legítima defensa y estado de necesidad); JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, págs. 318 y 321, y *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, IV, págs. 195 y ss. y 405 y ss. (legítima defensa y estado de necesidad); JUAN DEL ROSAL, *Derecho penal español I*, Madrid, 1960, págs. 298-99 (legítima defensa de extraño), y FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal, I*, Murcia, 1946, págs. 189-190 (legítima defensa) y 201 (estado de necesidad). RODRÍGUEZ MUÑOZ ha negado la existencia de elementos subjetivos de las causas de justificación en nuestro Código penal, ob. cit., págs. 350-1.

(10) Véase en este sentido MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Rodríguez Muñoz, I, 1955, pág. 349.

en el sentido de la teoría de la acción finalista. Dolo en sentido de la teoría de la acción finalista (11) equivale a conocimiento (o previsión) y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo (de lo injusto); no comprende la conciencia de la anti-juricidad de la conducta. Una misma acción será o no tentativa de delito, según que esté o no animada por la resolución delictiva. Engisch ha formulado a este respecto dos ejemplos clarísimos (12). Una mujer le sirve a su marido un plato de setas, que ha recogido ella misma, creyendo que son venenosas y apropiadas para causar la muerte, mientras que en realidad son inofensivas. En un restaurante, un cliente coge un abrigo ajeno, que está colgado sobre el suyo, con la intención de llevárselo en caso de que pueda hacerlo sin ser visto; en caso de que el dueño del abrigo se dé cuenta de la maniobra, quiere aparentar que ha cogido sólo el abrigo ajeno para poder descolgar el suyo de la percha. En este último ejemplo, si el autor no tuviera el propósito de apoderarse del abrigo ajeno, es decir, si quisiera coger sólo el abrigo para poder descolgar el suyo, la acción realizada, que se repite a diario en todos los restaurantes, considerada en sí, objetivamente, no sólo no sería expresión de una voluntad criminal, sino que no supondría peligro alguno del bien jurídico protegido, es decir, de la propiedad. La misma existencia del peligro del bien jurídico depende aquí de la presencia de la resolución delictiva. En el ejemplo de la mujer que ofrece setas inofensivas a su marido creyendo que son venenosas, si se considera la acción en su aspecto puramente objetivo no cabe apreciar sino una conducta jurídica: La mujer ofrece al marido una comida suculenta. Estos dos ejemplos demuestran de modo indudable que la resolución delictiva, es decir, el dolo, es necesariamente un elemento constitutivo, fundamentador, de la antijuricidad de la tentativa, con indiferencia de que se sustente una teoría subjetiva u objetiva de la tentativa. El ejemplo del cliente del restaurante que se quiere llevar el abrigo ajeno, nos ha puesto de manifiesto que la existencia misma del peligro del bien jurídico depende en muchos casos de la presencia de la resolución delictiva. El juicio disvalorativo de la antijuricidad no puede ir referido, por ello, exclusivamente al lado objetivo de la acción. La resolución delictiva es siempre un elemento constitutivo de lo injusto típico de la tentativa, aunque se parta de una concepción objetiva de la misma (13). Si se admite la teoría subjetiva y se niega

(11) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 59 y ss.

(12) Véase Rittler-Pestschrift, págs. 178-9.

(13) En el mismo sentido ENGISCH, *loc. cit.*, y BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrechts, Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pág. 151, y ya antes en *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*; pág. 35. No es posible seguir, por ello, a MEZGER cuando dice que sólo en el marco de la teoría subjetiva tiene que ser la resolución delictiva necesariamente un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa; N. J. W., 1953, 4.

la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es preciso llegar a la conclusión lógicamente inadmisibles de que en la tentativa es posible culpabilidad sin antijuricidad (14).

La concepción que atribuye a la resolución delictiva en la tentativa el carácter de un elemento subjetivo de lo injusto, es desde hace mucho tiempo opinión dominante en Alemania (15). En España empieza a abrirse camino recientemente (16).

La consecuencia lógica de esta concepción es, según Welzel (17), que si el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa tiene que conservar la misma función cuando el delito se consuma. No es concebible que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa y no lo sea, en cambio, en el delito consumado. ¿Cómo podría depender, dice Welzel, de que el disparo dé o no dé en el blanco, el que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto o sólo una forma de la culpabilidad? La corrección de esta conclusión se comprueba, además, fácilmente en los tipos de los delitos consumados. Si alguien hiere a otro y se produce su muerte, cabrá preguntarse si el autor ha realizado con ello el tipo del homicidio (art. 212 del C. p. alemán) o el de lesiones con resultado de muerte (art. 226 Código penal alemán) o el de homicidio culposo (art. 222). La contestación

(14) A esta conclusión llega NOVAKOWSKI al negar la existencia de elementos subjetivos de lo injusto y sustentar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la tentativa; véase *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, págs. 42 y ss. y 55 y ss.; y *Z. Str. W.* Bd. 63, pág. 299 y *J. Z.*, 1958, pág. 336. La admisión de la existencia de una conducta culpable, pero no antijurídica, daría lugar, en último término, a una punición de la disposición de ánimo—ha señalado con acierto GALLAS (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, *Sonderabdruck aus der Z. Str. W.* Bd. 67, págs. 35-6)—y representaría una anomalía inexplicable en un Derecho penal de hecho. En el mismo sentido ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, 1957, pág. 175. Este admite (*Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, págs. 433-4), sin embargo, la posibilidad lógica de la existencia en la tentativa inidónea de culpabilidad sin antijuricidad. El dolo va dirigido también en la tentativa imposible a la realización de un tipo de lo injusto. No es preciso que éste se realice, sin embargo, para que pueda elevarse el reproche de la culpabilidad. El tipo de lo injusto sigue siendo, aun sin realizarse, el presupuesto básico de la culpabilidad en la tentativa inidónea. No acierto a comprender, sin embargo, si el dolo queda excluido del tipo de lo injusto, que es lo que ha de ser el objeto del juicio de reproche.

(15) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl. 1960, pág. 55; BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, en *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, págs. 151 y ss.; ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, págs. 178-9, y *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, pág. 435; MEZGER, *Strafrecht, Ein Studienbuch*, I, Allg. Teil, 8 te Aufl., pág. 98; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, pág. 35; F. SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, pág. 13, y SCHRÖDER, *Komm.*, III, 1, pág. 43.

(16) Esta opinión la sustentaba yo en mi tesis doctoral, "Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa", 1957 (de próxima publicación). Véase en este sentido, recientemente, DEL ROSAL, *Derecho penal español*, I, Madrid, 1960, pág. 297.

(17) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl. 1960, pág. 55.

a esta pregunta dependerá exclusivamente de la existencia y del contenido del dolo. El dolo es, pues, un elemento constitutivo del tipo (de lo injusto), dice Welzel, es decir, de la antijuricidad de los delitos dolosos.

La deducción de Welzel de que el dolo por ser en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto ha de serlo también necesariamente en el delito consumado es aceptada sin reservas por Nicse (18) y Bockelmann (19). Es cierto, dice Bockelmann, que la consumación del hecho añade al disvalor de la acción, que concurre ya en la tentativa, un nuevo acento de lo injusto, precisamente el disvalor del resultado. Esto no puede tener, por consecuencia, sin embargo, que el disvalor de la acción desaparezca, simplemente, porque el dolo, que hasta entonces era un elemento subjetivo de lo injusto deja ahora de serlo. Si la finalidad es un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa ha de serlo también, según Gallas, de lo injusto de los delitos dolosos consumados (20). La producción del resultado delictivo confiere al hecho un disvalor adicional, el disvalor del resultado, que viene a añadirse, pero no a sustituir al disvalor de la acción. El disvalor del resultado, dice Gallas, no puede sustituir al disvalor de la acción, pues son cualitativamente distintos. La realización de una voluntad criminal es una cosa distinta de la causación de un resultado delictivo.

La conclusión de que la resolución delictiva por ser un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa ha de serlo también, necesariamente en el delito consumado es impugnada principalmente de Mezger (21). Este admite que la resolución delictiva es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa, e incluso, en aquellos delitos consumados cuyos tipos están configurados finalmente (22). Estos tipos legales configurados finalmente representan, según Mezger, alrededor del 90 por 100 de un total de más de 700 tipos independientes existentes en el Código penal alemán (23). Están configurados, finalmente, según

(18) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 21 y ss.

(19) *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, págs. 151 y ss.

(20) *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, págs. 35-7. Finalidad y dolo no son idénticos, según GALLAS. La finalidad se extiende no sólo a las consecuencias de la acción perseguidas intencionalmente por el sujeto y a las consecuencias unidas necesariamente a la realización del fin, sino también a las consecuencias previstas por el autor como posibles. La finalidad es un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos, en el estadio de la tentativa y de la consumación. El dolo pertenece, en cambio, al tipo de la culpabilidad y contiene un elemento emocional (véase *loc. cit.*, págs. 42 y ss.).

(21) STRAFRECHT, *Ein Studienbuch*, I Allg. Teil, 8 te Aufl., 1958, págs. 89 y ss.; *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., 1956, págs. 13 y 15 y 298-99; *Vom Sinn der strafbaren Handlung*, J. Z., 1952, pág. 675, y *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, págs. 27-28.

(22) Véase MEZGER, *Strafrecht*, I, págs. 87-89, y *Moderne Wege*, páginas 22-28.

(23) Mezger recoge aquí los datos de la tesis leída en Munich (no impresa)

Mezger, todos aquellos tipos cuya forma de comisión culposa no sólo no está castigada por la Ley, sino que ni siquiera es imaginable. «El momento final, dice Mezger, es aquí siempre esencial al tipo (del delito doloso)» (24). La resolución delictiva es en estos casos un elemento constitutivo de lo injusto y al mismo tiempo contiene el dolo como elemento de la culpabilidad. Esto no quiere decir, sin embargo, según Mezger, que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto. Dolo y elemento subjetivo de lo injusto son dos cosas distintas. El dolo es solo la imagen en el ánimo del autor de los elementos objetivos y subjetivos del tipo (25).

El argumento que opone Mezger a la conclusión de que la resolución delictiva, por ser un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa ha de serlo también necesariamente del delito doloso consumado, es un argumento metodológico. Tanto en la tentativa, como en la consumación; la resolución delictiva pertenece, según Mezger, al tipo de la acción. En el mundo de la realidad jurídico-penal todas las acciones son finales y esta estructura ontológica de la acción humana no puede ser alterada por el legislador. El juicio disvalorativo de la antijuricidad puede recaer, sin embargo, según Mezger, unas veces sobre unos elementos de la acción y otras sobre otros. La ley es soberana al elegir el objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad. En la tentativa la resolución delictiva es un elemento constitutivo de lo injusto, mientras que en el delito consumado el juicio disvalorativo de la antijuricidad recae a veces (no siempre) exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción (26). Basán-

de ROLF SCHMIDT, *Die subjektiven Unrechtselemente in der neuere Strafrechtstentwicklung*, 1952. La distinción entre los tipos configurados final y causalmente se debe a v. WEBER, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 2 te Aufl., 1948, págs. 54 y ss. MEZGER va, sin embargo, mucho más allá que v. WEBER al decir que sólo en los tipos configurados finalmente la resolución delictiva (el dolo, dice v. WEBER) es un elemento subjetivo de lo injusto. El dolo es, según v. WEBER, un elemento objetivo de lo injusto en todos los delitos dolosos, con independencia de que la acción típica esté descrita con un verbo final o causal. El dolo pertenece siempre al tipo subjetivo, es decir, es uno de los elementos constitutivos de lo injusto penal específico (punible) (*Grundriss*, páginas 63, 72-73 y 87; *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pág. 11). MEZGER invoca las siguientes palabras de v. WEBER: "el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para declarar antijurídica una conducta humana. Puede referir la norma exclusivamente al acontecer externo y prohibir toda conducta causal para un resultado, o puede tomar también por base la voluntad del autor y colocar bajo pena la conducta dirigida a la producción de un resultado" (*Zum Aufbau*, págs. 9 y ss.). V. WEBER considera, sin embargo, que en el "delito doloso de resultado" el legislador hace uso al mismo tiempo de las dos posibilidades; contiene "la conducta causal por una parte y la conducta dolosa por otra" (*Zum Aufbau*, pág. 12). Véase en este sentido ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pág. 82.

(24) MEZGER, *Strafrecht*, I, pág. 88.

(25) MEZGER, *Strafrecht*, I, págs. 89 y 91, y *Moderne Wege*, pág. 27. En el mismo sentido ENGISCHEL, *Rittler-Festschrift*, 1957, págs. 172 y 174 y ss.

(26) MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., 1956, págs. 15 y 16, y ya

dose en este mismo criterio metodológico, afirman ahora Mezger y Lange, que gran parte de los elementos subjetivos de lo injusto admitidos por la doctrina tradicional son sólo elementos subjetivos de lo injusto mientras la acción se halla en el estadio de la tentativa, pero no conservan dicho carácter cuando el hecho pasa al estadio de la consumación (27). La mayor parte de los elementos subjetivos de lo injusto representan una mera anticipación de la protección del Derecho, que queda sin objeto al consumarse el hecho. Esto sucede, según Mezger y Lange, en los delitos de intención, por ejemplo, en el hurto. El ánimo de lucro es un elemento subjetivo de lo injusto mientras la acción se halla en la fase de la tentativa, pero deja de serlo cuando el delito se consuma. El juicio disvalorativo de la antijuricidad recae entonces exclusivamente sobre el lado externo u objetivo de la acción. Existen al mismo tiempo, sin embargo, según Mezger y Lange, elementos subjetivos de lo injusto «auténticos», es decir, que conservan dicho carácter después de la consumación del hecho delictivo. La tendencia voluptuosa en los delitos contra la honestidad y el *animus iniuriandi* en el delito de injurias del artículo 185 del Código penal alemán pertenecen a este grupo.

Este criterio metodológico de la independencia y soberanía de la ley en la elección del objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad no me parece admisible en los términos formulados por Mezger. El Derecho sería libre, según Mezger, de hacer recaer en cada momento el juicio disvalorativo de la antijuricidad sobre elementos diversos de la acción. La resolución delictiva sería en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto, pero no en el delito consumado. El ánimo de lucro sería un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa de hurto, pero no del hurto consumado. El *animus iniuriandi* o la tendencia voluptuosa pertenecerían, en cambio, tanto en la tentativa como en la consumación, al objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad.

El legislador no goza de una libertad tan grande al proceder a la descripción de lo injusto punible. Una vez adoptado por él un criterio rector, es decir, una concepción determinada de la antijuricidad habrán de pertenecer al tipo de lo injusto, necesariamente, todos aquellos elementos que se destaquen como esen-

---

antes en *Vom Sinn der strafbaren Handlung, Juristenzeitung*, 1952, pág. 675 (al señalar ejemplos de tipos en que el juicio disvalorativo de la antijuricidad se refiere sólo al lado objetivo de la acción, MEZGER incurre en algunas contradicciones. Véase *Leipziger Kommentar*, pág. 15; el dolo en el homicidio (art. 212) es tan pronto elemento subjetivo de lo injusto como deja de serlo). Este criterio metodológico es el que fundamenta también las argumentaciones de ENGEL para atribuir a la resolución delictiva en la tentativa el carácter de un elemento subjetivo de lo injusto y negárselo, en cambio, en la consumación: véase *Rittler-Festschrift*, 1957, pág. 174, y *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, pág. 436.

(27) Véase MEZGER, *Strafrecht*, I, págs. 89-90, y *Leipziger Kommentar*, págs. 298-99.

ciales desde el punto de vista de la concepción de la antijuricidad adoptada. Objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad habrán de ser, necesariamente, todos aquellos elementos que se destaquen como esenciales desde el punto de vista adoptado para proceder a la descripción de lo injusto punible. De lo contrario, el legislador incurriría en una contradicción que no sería puramente lógica, sino lógico-objetiva. No es posible, por ello, por ejemplo, que la resolución delictiva sea un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa y no lo sea, en cambio, en el delito consumado. Hemos visto que la resolución delictiva tiene que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa, tanto si se parte de una concepción objetiva o subjetiva de la misma. La punición de la tentativa sólo tiene sentido, pues, dentro de una concepción de la antijuricidad que distingue el disvalor de la acción y el disvalor del resultado. El castigo de la tentativa no tiene sentido en una concepción puramente objetiva o despersonalizada de lo injusto, por ejemplo, como mera lesión o peligro de un bien jurídico protegido; desde este punto de vista, el contenido de la voluntad del autor es irrelevante y no puede ser objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad. La pena de la tentativa sólo tiene sentido si se parte de una concepción personal de lo injusto, si se parte de una concepción de la antijuricidad que distingue y destaca del mero disvalor del resultado el disvalor de la acción. Desde este punto de vista, el contenido de la voluntad del autor se destaca como esencial y habrá de recaer sobre él el juicio disvalorativo de la antijuricidad. El dolo habrá de pertenecer entonces al tipo de lo injusto de los delitos dolosos; pero no sólo al tipo de lo injusto de la tentativa, sino también al del delito consumado. Si el juicio disvalorativo de la antijuricidad recayera sobre el dolo en la tentativa, pero no en el delito consumado, el Derecho incurriría en una contradicción lógico-objetiva. El juicio disvalorativo de la antijuricidad recaería alternativamente sobre elementos, que se destacan como esenciales desde puntos de vista distintos, es decir, desde concepciones diversas de la antijuricidad. Las contradicciones lógico-objetivas son por ello, al mismo tiempo, contradicciones en la valoración jurídica. Estas contradicciones son contrarias a la justicia, pues sin la unidad de los criterios valorativos rectores (en nuestro caso sin la unidad de la concepción de lo injusto) el Derecho se transformaría en un caos de valoraciones incompatibles y, por tanto, injustas (28). Sin la unidad de los criterios valorativos rectores sería imposible incluso la ciencia del Derecho, pues su tarea no es otra que interpretar los preceptos jurídicos y exponer su contenido sistemáticamente, es decir, en su conexión interna.

Tiene razón, por ello, Bockelmann (29) al decir que con la

(28) STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, págs. 26-27 y 30-31.

(29) BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, págs. 151 y ss.

punición de la tentativa se adopta una auténtica decisión sistemática. El dolo tiene que ser entonces necesariamente un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa y en el delito consumado (30).

Al argumento metodológico que fundamenta esta conclusión no es posible objetar que la voluntad del autor no sea, en los delitos culposos, un elemento constitutivo de lo injusto y que, al menos en ellos sea indudable que el juicio disvalorativo de la antijuricidad recae exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción (31). El juicio disvalorativo de la antijuricidad recae también, sin embargo, sobre el contenido de la voluntad del autor en el delito culposo. También en el delito culposo el contenido de la voluntad del autor es jurídico-penalmente relevante (32). El fin perseguido por el agente es muchas veces jurídico-penalmente irrelevante, pero no los medios elegidos por él para su realización o la forma de su utilización. El hombre que conduce un coche y causa, en forma no dolosa, la muerte de un peatón realiza una acción final: Conducir el coche. El fin de la acción—ir a un lugar determinado—es jurídico-penalmente irrelevante. El medio elegido—el coche—lo es en este caso también. Jurídico-penalmente irrelevante es, en cambio, la forma de la utilización del medio, si el autor, por ejemplo, había conducido a una velocidad excesiva. La forma de utilización del coche, es decir, su conducción a velocidad excesiva, querida por el autor, implica una inobservancia del cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. El cuidado objetivamente debido se determina según las necesidades del tráfico y según la capacidad de un hombre inteligente y cuidadoso, y no según la capacidad del autor de la acción concreta. Es un criterio objetivo que se utiliza para

---

(30) WELZEL (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2 te Aufl., pág. 197; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3 te Aufl., 1957, págs. 7 y ss., especialmente pág. 10, y *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., 1960, págs. 28 y ss.); ARMIN KAUFMANN (*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, páginas 67 y ss.), y MAURACH (*Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 2 te Aufl., páginas 133-34) consideran que de la estructura final de la acción humana se deriva ya la necesidad de que la resolución delictiva sea un elemento del tipo de lo injusto. A mí me parece, en cambio, que la estructura final de la acción humana es compatible con una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto. Véase mi artículo "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", de próxima publicación.

(31) En este sentido habría que interpretar las palabras de Mezger, cuando dice que aunque la conducta humana sea siempre final su punibilidad no puede depender de la existencia de una relación final con el resultado delictivo, puesto que ésta no existe en el delito culposo; véase MEZGER, *Strafrecht Ein Studienbuch*, Allg. 8 te Aufl., págs. 90-91.

(32) Véase WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3 te Aufl., pág. 11, y *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 36 y 37. Véase también mi artículo *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, Z. Str. W. Bd. 71, H. 1.

determinar la tipicidad de la conducta. El contenido de la voluntad del autor es, pues, jurídico-penalmente relevante y fundamenta la antijuricidad de la acción. La muerte no dolosa del peatón es sólo típica si se ha producido precisamente a causa de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Si la muerte del peatón se hubiera producido, aunque el conductor hubiera observado el cuidado objetivamente debido, es decir, aunque no hubiera conducido a velocidad excesiva, la lesión del bien jurídico no sería típica. El disvalor de la acción —es decir, la inobservancia del cuidado objetivamente debido— constituye también el núcleo esencial de lo injusto de los delitos culposos (33). El disvalor del resultado no tiene relevancia, si la lesión del bien jurídico no ha sido causada por una acción antijurídica. El juicio disvalorativo de la antijuricidad recae, pues, también en el delito culposo sobre el contenido de la voluntad del autor, es decir, sobre el lado interno o subjetivo de la acción.

d) La necesidad de que el dolo sea un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva de la punición de la tentativa, es decir, de la punición de las acciones dirigidas por la voluntad de sus autores a la lesión de un bien jurídico. Si un Código penal castiga la tentativa de delito, será necesario concebir el dolo como un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos; de todos ellos, y tanto en el estadio de la tentativa como en el de la consumación.

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida, además, por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto. ¿Cómo es posible considerar, por ejemplo, el ánimo de lucro en el hurto, como un elemento subjetivo de lo injusto y negar dicho carácter, en cambio, al dolo (34). El ánimo de lucro no es posible sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa. No tiene sentido, por otra parte, el incluir sólo en el tipo de lo injusto, como hace Mezger (35), el conocimiento del carácter ajeno de la cosa y dejar, en cambio, los restantes elementos del dolo para la culpabilidad. Esta escisión carecería de sentido.

e) Una vez demostrada la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto carece de sentido el incluirle de nuevo en la culpabilidad (36). Por el mero hecho de su pertenencia al tipo de lo in-

(33) Véase en este sentido WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 113 y ss.

(34) Sobre esta inconsecuencia han llamado la atención, entre otros, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2 te Aufl., pág. 184; BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 35, y WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 35, 55 y 56.

(35) MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., pág. 295.

(36) Como hacen, por ejemplo, MEZGER, *Strafrecht*, I, pág. 91; *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., pág. 296; ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, págs. 171 y ss., y BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1959, págs. 35 y ss.

justo es ya un presupuesto de la culpabilidad. La culpabilidad, como juicio de reproche personal, comprende todos los presupuestos de dicho juicio, es decir, la acción antijurídica. En la culpabilidad se examina la reprochabilidad de la resolución delictiva del autor y de los restantes elementos subjetivos de lo injusto (37).

Carece de sentido, asimismo, el intento de Mezger de diferenciar la resolución delictiva como elemento subjetivo de lo injusto y el dolo. Este sería, según Mezger, el reflejo en la mente del autor de la resolución delictiva. El dolo sería el conocimiento y voluntad del autor de que conoce y quiere la realización de los elementos objetivos del tipo de lo injusto. No tiene sentido, a mi juicio, la referencia del dolo a los elementos subjetivos del tipo de lo injusto (38). Es preciso concluir, por ello, que el dolo es idéntico a la resolución delictiva y es un elemento constitutivo de lo injusto.

2) *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español.*

El razonamiento llevado a cabo para demostrar que el dolo ha de ser un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos es válido para todo Código penal en que se castigue la tentativa de delito. Es válido, por tanto, para el Código penal español, que castiga la tentativa en el artículo 3.º. Las razones que fundamentan la necesidad de la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto—la punición de la tentativa y la existencia de elementos subjetivos de lo injusto—concurren en el Código penal español Rodríguez Muñoz ha creído ver, sin embargo, ciertos obstáculos en el Código penal español para admitir que el dolo pertenezca a lo injusto (38 bis).

Rodríguez Muñoz señala, en primer término, que la palabra dolo en la lengua castellana «expresa un concepto *esencial* y *exclusivamente jurídico* y que en ningún caso nos servimos de dicha palabra fuera de la órbita del Derecho para expresar un propósito, una intención o un designio irrelevantes para el Derecho». A este respecto es preciso observar, que el hecho de que la palabra dolo exprese en castellano un concepto jurídico no prejuzga en absoluto cuál haya de ser el contenido de dicho concepto. Para la doctrina de la acción finalista el dolo es *también* un concepto jurídico. Dolo es para ella la finalidad jurídico-penalmente relevante (40). La palabra *Vorsatz* tiene en alemán un sen-

(37) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 139-40.

(38) ENGELSCH considera, en cambio, como MEZGER, posible la referencia del dolo a los elementos subjetivos de lo injusto; véase *Rittler-Festschrift*, página 172, y *Der Unrechtsstaibestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, págs. 427-8.

(38 bis) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXVII, 1953, pág. 38.

(40) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., pág. 59; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2 te Aufl., págs. 218 y ss., y NIESE,

tido corriente, equivalente a propósito o intención, pero a la vez también un sentido técnico-jurídico. *Vorsatz*, en sentido técnico, es para los finalistas la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo; para los representantes de la concepción tradicional comprende, además, la conciencia de la antijuricidad. En la doctrina penal española, como en la alemana, antes del advenimiento del finalismo, el término dolo es utilizado en el sentido tradicional, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. El término dolo es utilizado, sin embargo, muy pocas veces por el Código penal español y, cuando lo hace, no es preciso en modo alguno entenderlo en el sentido comprensivo de la conciencia de la antijuricidad; así, por ejemplo, en el artículo 423, al hablar el Código de las infracciones dolosas de las leyes de trabajo. Los tipos de las acciones prohibidas por las leyes de trabajo pueden ser realizadas en forma culposa, es decir, no dolosa (en el sentido de dolo del hecho).

El Código penal español utiliza con mucha frecuencia las palabras voluntad, intención o malicia para designar la forma de realización dolosa de los tipos penales. No creo que estas expresiones estén transidas de un sentido disvalorativo, desde el punto de vista de la culpabilidad, como cree Rodríguez Muñoz. Las palabras intención y voluntad no es preciso que sean entendidas como sinónimas de dolo en el sentido tradicional; pueden ser entendidas como sinónimas de dolo de hecho, es decir, como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. La lesión de un bien jurídico puede ser voluntaria o incluso intencional, a pesar de que el autor no tenga conciencia de la antijuricidad de su conducta. La palabra malicia tiene varios significados en el lenguaje usual y puede tenerlos también en el lenguaje jurídico. La palabra malicia puede ser equivalente en la técnica penal al conocimiento y voluntad de la concurrencia de las circunstancias objetivas que pertenecen al tipo de lo injusto. No es preciso, a mi juicio, que tenga un sentido más amplio, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad, como cree Antón Oneca (41). El que causa de un modo culposo (con culpa de hecho) la lesión de un bien jurídico actúa sin malicia. La mujer que limpia los cristales de una ventana y da sin querer un empujón a un tiesto y éste cae sobre la cabeza de un transeúnte causándole la muerte, ha obrado sin malicia. Este es el sentido en que, a mi juicio, está utilizada la palabra malicia en el artículo 565, al decir la ley: «El que por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que si mediare malicia constituiría delito...». Si así no fuera se llegaría a conclusiones absurdas. Si la pa-

*Finalität Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 53 y ss. Por esto es inexacto el término de dolo natural para designar el dolo en el sentido de la teoría de la acción finalista.

(41) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, pág. 206.

labra malicia incluyera necesariamente la conciencia de la antijuricidad no estarían comprendidos en el artículo 565 todos aquellos casos de culpa consciente en que el autor actúa con conciencia de la antijuricidad de la conducta; es decir, en que el autor actúa con conciencia de que su conducta crea un peligro *antijurídico* de un bien jurídico protegido; es decir, que su conducta no responde al cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos (42). Por otra parte, si se aceptase la llamada teoría del dolo (según la cual éste comprende la conciencia de la antijuricidad) habría que incluir en el artículo 565 los casos de la llamada culpa jurídica, es decir, aquellos en que el autor no tenía conciencia de la antijuricidad de su conducta, pero podría tenerla. Para ello, habría que forzar, sin embargo, los límites del tenor literal del precepto, pues difícilmente podría decirse que el autor había realizado el hecho por imprudencia temeraria (o simple, con infracción de reglamentos) cuando había actuado dolosamente, con dolo de hecho.

La prueba, en fin, de que la palabra malicia puede tener en la técnica penal otros sentidos distintos al del dolo en sentido tradicional nos la suministra el Código mismo. En los artículos 357 (retardo malicioso en la administración de justicia) y 359 (el funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deja maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes) no puede ser sinónima de dolo en el sentido tradicional comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. La palabra malicia es utilizada aquí para designar un elemento subjetivo de lo injusto (el ánimo de perjudicar a una de las partes, en el artículo 357, y el de favorecer la impunidad del delincuente, en el artículo 359):

No creo que pueda verse, por consiguiente, obstáculo alguno en la terminología del Código penal español para incluir el dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, inclusión, por otra parte, necesaria desde el momento en que el Código pune la tentativa.

---

(42) Esta conducta es antijurídica aunque no se produjera la lesión del bien jurídico y aunque no infringiera reglamentos o normas especiales, es decir, aunque el cuidado objetivamente debido no estuviera fijado en otra norma del ordenamiento jurídico. Contra esta conducta es lícita la legítima defensa.