

# **Fundamento de la punición de la tentativa y prototipo de lo injusto penal**

*Esteban Sola Reche*

Profesor Titular de Derecho Penal

## **A. La propia cuestión del fundamento de la punición de la tentativa**

1. Desde la revisión histórica del tratamiento legal de la tentativa fácilmente llegaríamos a la idea de que el castigo de los hechos que quedan como intentados supone la *extensión* de la punibilidad, prevista *propiamente* para el correspondiente delito consumado originariamente pretendido por el autor<sup>1</sup>. El delito consumado sería así el acontecimiento determinante de lo injusto, como presupuesto de la punibilidad. Y los hechos que no alcanzan la consumación y que —como conducta delictiva— son castigados, al amparo de los preceptos que establecen (también) el castigo de la tentativa, se conciben entonces como casos de singular dilatamiento de la punibilidad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. sobre ello, CURY URZÚA, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 28-71; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 3-32; JESCHECK/ WEIGEND, *Allg. Teil*, pp. 512-5; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pp. 41-125.

<sup>2</sup> Cfr. en ese sentido, JAKOBS, *Allg. Teil*, pp. 703-6.

De esto, necesariamente habría que deducir que la punibilidad de la tentativa supone una ampliación *especial* del entorno de lo punible. Y por lo mismo, que el fundamento de su castigo se trata de una excepción al del delito consumado.

2. Esta manera de ver las cosas, en principio, parece sintonizar con la mención de la tentativa como ejemplo de *anticipación de la punibilidad*, de la que por ejemplo *Jakobs* se vale para explicar el significado de la agresión jurídico penalmente relevante más allá (o mejor más acá) de la efectiva lesión<sup>3</sup>, o para señalar los límites de la punibilidad de especiales casos que no suponen la consumación del tipo de la Parte Especial<sup>4</sup>. La punibilidad se anticiparía así al acontecimiento para el cual estaba inicialmente prevista: la consumación. La expresión señalada parece poder ser interpretada como indicativa de la existencia (o la suposición de la existencia) de una razón complementaria, distinta a la que fundamenta el castigo del delito consumado, que justificaría la misma suerte (*scil*: su sanción penal, aunque sea atenuada) para el hecho no consumado.

Hay que contar con que de ese modo se abre la puerta para que también entren en juego otra clase de razones aún más excepcionales para castigar otros similares estadios previos a la consumación: porque además de ser distintas a las que fundamentan el castigo del delito consumado, también lo habrán de ser a las otras razones que se estimen bastantes para el castigo de la tentativa, permitiendo sancionar así, en última instancia, la llamada tentativa inidónea de ocasionar el delito (consumado) que consideremos, siempre que contemos con que es posible establecer una diferencia significativa entre tentativa idónea e inidónea<sup>5</sup>.

3. Esta perspectiva me parece no sólo inquietantemente asistemática, sino que también, y sobre todo, errónea, dado el estado actual de la dogmática penal.

- a) Es asistemática porque en realidad parte de la idea de que un mismo principio no sirve para explicar por qué se castiga el delito consumado y el delito no consumado. No otra cosa va implícita en la idea de que la punibilidad se *anticipa*: los contornos de la punibilidad se amplían, adelantándose hasta alcanzar la tentativa, de lo que se infiere que no cuenta con la misma acreditación de injusto material del delito consumado.

<sup>3</sup> Allg. Teil, pp. 46-8.

<sup>4</sup> JAKOBS, Allg. Teil, pp. 703-6.

<sup>5</sup> Adviértanse las prevenciones, a mi juicio sobradamente justificadas, de JAKOBS, Allg. Teil, pp. 709-21 y 735-39, al sortear esta concreta cuestión.

Ya el mismo planteamiento tradicional por el que se estudia el «fundamento de la punición de la tentativa» presume tal naturaleza a la relevancia de su elemento diferencial con el delito consumado: la no consumación.

Sin embargo, en sentido contrario, cualquiera de las teorías que explican las razones del castigo de la tentativa sirve igualmente para razonar la punición del delito consumado<sup>6</sup>, quedando como cuestión accesoria la del posible mayor castigo de éste.

- b) Y conforme al estado actual de la doctrina sería un planteamiento erróneo desde que se ha impuesto la no exigencia de la efectiva lesión del objeto (resultado material) que encarna el bien jurídico para concluir que queda constituido lo injusto. En efecto, desde que por la influencia ejercida en la concepción de la antijuridicidad material por la teoría de lo injusto personal se ha asumido como elemento determinante el desvalor de la acción, el desvalor del resultado ha perdido su papel protagonista<sup>7</sup>.

4. El empleo de aquella expresión resulta especialmente llamativo en el sistema de *Jakobs*, y sus consecuencias comportan dificultades intrasistemáticas. Situada, para este autor, la significación determinante de la punibilidad en la perturbación comunicativamente relevante de una norma penal (de comportamiento)<sup>8</sup>, esa referencia parece quedar en entredicho cuando la tentativa (o la no consumación en general) se señala como un supuesto de anticipación<sup>9</sup>. Porque, se admita o no el diferente grado de menoscabo de la validez de la norma según se trate de una tentativa o de un delito consumado (por otra parte evidente entre los casos de tentativa acabada e inacabada)<sup>10</sup>, lo cierto es que la agresión (relevante) a la norma se produce tanto en un caso como en otro, sin que, con la forma de razonar propia de la lógica aristotélica, pueda decirse que estamos ante situaciones distintas: existe en todo caso un comportamiento *antinormativo*, y por tanto con la punición de la tentativa nada excepcional ocurre para decir que se produce una anticipación de la punibilidad<sup>11</sup>. O sea, que el marco de la punibilidad queda con-

<sup>6</sup> V. SOLA RECHE, La llamada tentativa inidónea de delito, pp. 71-114.

<sup>7</sup> V. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en *Schünemann* (Comp.), El sistema moderno del Derecho Penal, pp. 17-8 con nota 40.

<sup>8</sup> Allg. Teil, pp. 35-7.

<sup>9</sup> Allg. Teil, pp. 46-7.

<sup>10</sup> Cfr. en ese sentido, SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa, pp. 140-75; SOLA RECHE, La llamada tentativa inidónea de delito, pp. 141-2, con referencias.

<sup>11</sup> Cfr. JAKOBS, Allg. Teil, *ibídem*.

figurado como una relación de continuidad desde la tentativa hasta el delito consumado.

Y esto es, sin duda, lo concluido por *Jakobs*: la acreditación material de la tentativa es exactamente la misma que la del delito consumado; ambas suponen una completa contravención de la norma<sup>12</sup>. Y dado que la tentativa lo es del delito descrito en la Parte Especial cabría añadir: tal contravención lo es de la *misma* norma.

5. Otra cosa es, por seguir el razonamiento con la terminología utilizada por *Jakobs*, que la relevancia comunicativa alcance mayor entidad cuando el delito se consuma que cuando queda en tentativa. O sea, que en el contexto social en el que la valoración de la conducta tiene lugar concedamos mayor repercusión a la muerte de la víctima contra la que se disparó con ese objetivo, que a *la impresión* ocasionada por el disparo que pasa a escasa distancia sin impactarle. Sobre esto volveremos más adelante<sup>13</sup>.

6. Sea como fuere, me parece constatable que la moderna discusión acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa ha hecho suyo el punto de partida de que la antinormatividad del comportamiento es la base de la antijuridicidad material<sup>14</sup>. No ha de extrañar entonces que incluso uno de los esfuerzos más elaborados para cobrar distancia de la subjetivización dimanante de la base normológica de la teoría de lo injusto personal, debido a *Zaczyk*, no pueda desprenderse de la expresión base (*scil*: contravención de la norma de comportamiento)<sup>15</sup>, que en su concepción es la conducta que fractura la confianza en el mantenimiento de las relaciones interpersonales consensuadas en el ejercicio de la libertad de los individuos<sup>16</sup>, precisamente forzado por la necesidad de incluir la tentativa en la fenomenología que comporta la irrupción (socialmente reprobada) en una esfera de libertad ajena<sup>17</sup>. Y por eso no es soslayable la conclusión de que tanto el delito consumado como la tentativa coinciden en la esencia de su calificación como comportamientos antijurídicos.

---

<sup>12</sup> JAKOBS, Allg. Teil, pp. 710 y 712.

<sup>13</sup> V. *infra*, C y D.

<sup>14</sup> Cfr. así, JESCHECK/WEIGEND, Allg. Teil, p. 233.

<sup>15</sup> V. en ese sentido KÖHLER, Allg. Teil, p. 458; cfr. ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, pp. 128-93.

<sup>16</sup> ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, pp. 170-81.

<sup>17</sup> ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, pp. 231-40.

## B. Implicaciones de la previsión legal de la atenuación de la tentativa

1. La constatación de que las leyes penales contienen específicas disposiciones para castigar en distinto modo la tentativa respecto al delito consumado, obliga a ver reproducido el esquema que sugiere aquella revisión histórica. Tal es la trascendencia de que el delito se consume o no.

En efecto, el CP alemán en su § 23 permite que la pena de la tentativa se atenúe, pudiéndose llegar a no castigar ciertos casos de burda incompreensión del sujeto, y si se trata de la tentativa de un delito menos grave, sólo se castiga cuando expresamente lo señale la ley; en el CP español, aunque graduable, la atenuación es obligatoria, y sólo se castiga la tentativa de algunas faltas (arts. 15 y 62).

Según este panorama, la tentativa (cuando se castiga) es, o puede llegar a ser (en el Derecho Penal alemán), punible en menor medida que el delito consumado.

2. La explicación que esto requiere tropieza con la dificultad previa de adjudicar tales diferencias en la medida de la pena a algunas de las valoraciones a las que se somete la conducta para considerarla un hecho delictivo. Si la menor pena, por no haberse producido la consumación, se justifica en el criterio de que hay un menor injusto, a pesar de haberse completado la ejecución<sup>18</sup>, para ese desigual tratamiento habrá que tomar en cuenta algún factor distinto de la antinormatividad, ya que la norma (de comportamiento) se habrá vulnerado en igual medida<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Conscientemente se evita la alusión a la tentativa acabada. Como es sabido la discusión acerca del deslinde entre tentativa inacabada y acabada no está suficientemente cerrado; cfr. al respecto, ESER, en *Schönke/Schröder*, § 24, marginales 13-36; JAKOBS, Allg. Teil, pp. 747-50; ampliamente SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, pp. 63-7, 70-7, 100-4 y 140-75. Si bien los problemas de la distinción derivan sobre todo de las posibles opciones de engarce sistemático y de fundamentación del desistimiento, para nuestro caso importa la concreta cuestión de qué acontecimientos son los que se encuentran a uno y otro lado de la frontera: por ejemplo si en los casos de autoría mediata es preciso que el instrumento realice la conducta prevista por quien tiene el dominio del hecho, o si basta con que se abandone el proceso causal previsto siendo posible o no la interrupción del mismo. Toda vez que un pronunciamiento al respecto necesitaría de diferentes argumentos se evita la mención a la tentativa acabada, prefiriendo hablar de supuestos de completa realización considerados siempre como tentativa acabada, esto es, de aquellos en los que sólo y únicamente falta el resultado; lo que no significa que casos en los que falte algo más que el resultado puedan ser también calificados como supuestos de tentativa acabada.

<sup>19</sup> Sobre las relaciones entre antijuridicidad y antinormatividad, fundamental MIR PUIG, El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, pp. 225-48.

En cambio, si la antijuridicidad material se identifica con antinormatividad, en sede de injusto la atenuación es perfectamente explicable en las tentativas inacabadas, es admisible en algunos casos de tentativa acabada<sup>20</sup>, pero resulta difícilmente comprensible en aquellos casos de completa (e idónea) realización de la conducta prohibida a falta sólo del resultado<sup>21</sup>: respectivamente, si con el propósito de causar la muerte a varias personas el sujeto coloca una bomba que no llega a activar; si la activa pero las pretendidas víctimas permanecen alejadas del lugar donde se produce la detonación; o estando ya en el lugar que se produce, imprevisiblemente no llega a causar la muerte de nadie.

A salvo queda el recurso a la categoría de la punibilidad donde encontrar un argumento de más que discutible legitimación para razonar la diferente sanción del hecho consumado y del último ejemplo expuesto, sosteniendo que contienen la misma medida de injusto<sup>22</sup>.

3. Ocurre así que la doctrina mayoritaria prefiere aquella primera opción de minorar la medida de lo injusto de la tentativa respecto a la del delito consumado<sup>23</sup>. Esta solución pasa por recordar que la consumación implica la producción de un desvalor del resultado que en la tentativa no se da, o se da en menor medida (resultado de peligro). Sin embargo apenas se repara en la diferente naturaleza de ese factor y el de la antinormatividad<sup>24</sup>, apareciendo nuevamente indicios de asistematicidad. Indicios reforzados cuando proyectamos la figura de la tentativa a los delitos de mera actividad y los correlativos de omisión pura, en los el tipo de lo injusto no contiene el elemento del resultado (estructural). No quiero para esta ocasión volver reproducir mis observaciones acerca de la incompatibilidad formal entre la tentativa y esa clase de delitos<sup>25</sup>; no obstante sí me parece conveniente recordar que aquella revisión histórica de la tentativa aludida al principio de este trabajo, pondría de manifiesto cómo en sus orígenes estaba pensada para los delitos de resultado, y que con el desarrollo más reciente de su estudio vienen sur-

---

<sup>20</sup> V. al respecto JAKOBS, Allg. Teil, pp. 736-7; FRISCH, ADPCP, 1994-2, pp. 167-70, 173-7 y 180-91.

<sup>21</sup> Cfr. en ese sentido JAKOBS, Allg. Teil, *ibidem*.

<sup>22</sup> Al respecto, v. *infra* D.a.

<sup>23</sup> Cfr. ampliamente *infra* D.

<sup>24</sup> Cfr. en sentido similar pero no del todo coincidente, MIR PUIG, El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, pp. 228-9 y 239.

<sup>25</sup> V. SOLA RECHE, La llamada tentativa inidónea de delito, pp. 159-64; *el mismo*, La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos, pp. 136-7. No obstante cfr. la ponderada opinión de CURY URZÚA, Tentativa y delito frustrado, pp. 189-95.

giendo serias dificultades para trasladar completamente a esos delitos las corrientes vicisitudes detectadas en los delitos de resultado: graduación de la contravención de la norma según se realicen todos o parte de los actos de ejecución con la consiguiente medida de lo injusto, y la posibilidad de alcanzar la fase de tentativa acabada distinta a la de la consumación. Tomando como ejemplo el delito de conducción temeraria (sin requerir que se ponga en —concreto— riesgo la vida o integridad de las personas), ¿cómo podrían establecerse fracciones de realización del delito?: desde luego no porque temerariamente haya conducido el sujeto durante más o menos tiempo, pues la completa realización del tipo se da desde el primer momento; y consiguientemente, no cabe aplicar aquí la distinción entre tentativa acabada y delito consumado basándonos en que la conducta prohibida haya durado diez o veinte minutos.

Y, en cualquier caso, *ab initio*, no tendría cabida en estos delitos el desvalor del resultado como factor complementario de la antinormatividad para el cálculo de un mayor injusto debido a la consumación.

4. Por otra parte es cierto que esa composición entre antinormatividad y desvalor del resultado no sería obligatoria cuando la atenuación de la pena de la tentativa respecto al delito consumado es facultativa, como en la regulación alemana ocurre con los delitos graves. Sin embargo, que el castigo de la tentativa de un delito menos grave dependa de la expresa previsión legal (§ 23.1) apunta en sentido distinto<sup>26</sup>: desde la hipótesis de que concurre un mismo grado de injusto (antinormatividad) es necesario descubrir algún motivo distinto. Quizás por eso, para lograr una explicación general, como acabo de apuntar, prospera en la mayoría de la doctrina la admisión del desvalor del resultado como *concausa* de lo injusto.

En cambio, en los sistemas legales en los que la atenuación es obligatoria, la relevancia del desvalor del resultado es desde todo punto forzada, y únicamente sufre una, a mi juicio conveniente atemperación, cuando en el caso concreto pueden ser utilizadas las reglas de los concursos, aproximando de ese modo la pena de la tentativa que supone la completa realización a la de la consumación más allá de la más grave prevista para la simple tentativa: por ejemplo, el concurso ideal entre unas lesiones consumadas y una tentativa acabada de homicidio.

### **C. El desvalor del resultado como elemento contributivo a la medida de lo injusto**

1. Es evidente que de la comparación de los diferentes tipos de lo injusto pone de manifiesto que en alguno de ellos puede aislarse un elemento estructural distin-

---

<sup>26</sup> Cfr. con similares valoraciones, JAKOBS, Allg. Teil, p. 166.

to a la conducta, percibido como consecuencia o efecto (imputable) de la misma<sup>27</sup>. Tal consecuencia o efecto ha sido etiquetado tradicionalmente como resultado<sup>28</sup>.

Sólo en los delitos de resultado, el tipo está configurado por una referencia a dicho elemento, que supone la lesión o puesta en peligro de un objeto corporal o idealizado. Pero para que la acción sea disvaliosa no es preciso que sea efectivamente lesionado, ni siquiera que sea puesto en concreto peligro —al entrar en el radio de acción de la conducta peligrosa—<sup>29</sup>. El desvalor de la acción se establece conforme a un juicio *ex ante*, condicionado por la previsibilidad de la causación del resultado, por la posibilidad de alcanzar la consumación<sup>30</sup>. Motivo de la prohibición del comportamiento es la previsible lesión de aquel objeto. En cambio, en los delitos de mera actividad, el tipo carece de esa referencia, aunque sigue contando con la agresión que en sí supone ya la contravención de la norma de comportamiento, necesariamente inspirada en la evitación de lesiones de bienes jurídicos. En éstos, para la consumación no se requiere un resultado material.

2. En todo caso, ya que la norma de comportamiento se vincula a la función de protección de bienes jurídicos, es obligado reconocer junto a su objeto inmediato —la conducta—, un objeto mediato —el bien jurídico que quiere protegerse con la prohibición o el mandato—, y que no pueden ser desligados en la configuración de lo injusto específico, aunque el juicio de antijuridicidad se dirija, básicamente, a la conducta del autor<sup>31</sup>. La infracción de la norma, condición necesaria de la conducta antijurídica, tiene a su vez como presupuesto que constituya una manifestación peligrosa para determinados bienes jurídicos<sup>32</sup>: en la prohibición de matar subyace la protección de la vida; en la de hurtar la del patrimonio; en el mandato de socorrer la de la solidaridad humana; etc.

---

<sup>27</sup> Cfr. en ese sentido JAKOBS, Allg. Teil, p. 164.

<sup>28</sup> Sobre los diferentes sentidos que la doctrina penal da al término «resultado», v. LAURENZO COPELLO, El resultado en Derecho Penal, pp. 17-34. En el sentido aquí asumido cfr. JESCHECK/WEIGEND, Allg. Teil, pp. 239-40 y 263; la misma noción era empleada por JAKOBS, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, p. 35 en sentido notablemente distinto: el resultado a considerar es el quebrantamiento de la norma.

<sup>29</sup> V. CEREZO MIR, PG II, pp. 113-4.

<sup>30</sup> Incluso en los casos de tentativa inidónea, aunque dependiendo de las diferentes corrientes doctrinales, dicha posibilidad de consumación tendrá que ser apreciada según el autor o un observador objetivo; cfr. SOLA RECHE, La llamada tentativa inidónea de delito, pp. 164-92.

<sup>31</sup> WELZEL, PG, p. 92.

<sup>32</sup> Cfr. ZIELINSKI, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, pp. 156-7, y en relación con la norma de cuidado, pp. 214-21.



3. Parece entonces que una valoración del resultado —cuyo interés para la configuración de lo injusto está aquí aún por discutir—, tendría por objeto aquellos efectos o consecuencias de la acción disvaliosa. Lo cual supone que no toda causación de una lesión o de una puesta en peligro de bienes jurídicos tiene relevancia jurídico-penal; sólo podría ser resultado jurídico-penalmente disvalioso aquel que sea consecuencia de un comportamiento disvalioso. Pero aunque, por un lado, es dependiente de la acción disvaliosa, y además, puede influir en su calificación («es disvaliosa en cuanto capaz de resultado»), se trata de un enjuiciamiento separado del de la conducta, e inspirado en criterios distintos. Se trata pues de una estimación referida a objetos distintos (comportamiento/ resultado) de los que da la medida de cualidades distintas (capacidad/ entidad, respectivamente). Una tal valoración del resultado puede depender de ciertas variables que permiten finalmente su graduación: la entidad del bien jurídico —el resultado de un homicidio consumado sería más disvalioso que el de un delito consumado de lesiones leves—; y tratándose de un mismo bien jurídico, el grado de afectación —el resultado de un homicidio consumado sería más disvalioso que el de una tentativa de homicidio en la que sólo se pone en peligro el bien jurídico—<sup>33</sup>.

4. La medida que ha de dar ese desvalor del resultado, sobre el que —insisto— aún no nos hemos pronunciado acerca de su trascendencia para la constitución de lo injusto, requiere una perspectiva distinta de la que determina el desvalor de la acción. No se trata ahora de elaborar un pronóstico, una apreciación *ex ante*, sino de una constatación, de establecer la entidad de las consecuencias de una acción disvaliosa<sup>34</sup>. No obstante, adviértase, con la esperanza de que el resultado pueda tener alguna significación en la responsabilidad penal de quien lo causó, que el juicio de desvalor no debe alcanzar más allá que el resultado de los que la norma quería evitar; y que la norma sólo considera resultados previsibles<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Incluso la entidad de la lesión puede ser graduada por circunstancias agravantes dentro del desvalor del resultado como factor de lo injusto; v. así CEREZO MIR, PG II, pp. 349-53.

<sup>34</sup> Llámesele si se quiere perspectiva *ex post*, pero la contraposición a una valoración *ex ante* no sería congruente. La llamada perspectiva *ex ante* supone limitar la valoración de la conducta a las características cognoscibles, prescindiendo así, en su caso, de otras efectivamente dadas pero no cognoscibles en el momento de realizar el juicio sobre la conducta. La conducta existe con una cierta apariencia en dicho momento. La valoración *ex post* de la conducta también sería posible, y permite contar con más datos de la conducta. En cambio, no puedo imaginar una valoración *ex ante* del resultado aún no existente.

<sup>35</sup> Dado que la previsibilidad, en cierto modo, fundamenta la norma; por ejemplo, la prohibición de una conducta no puede evitar basarse en que su realización previsiblemente, en mayor o menor grado, dé lugar a un riesgo considerable para el bien jurídico. Me parece

Únicamente así pueden ser legítimamente imputados al comportamiento prohibido u ordenado.

#### D. El papel del desvalor del resultado

1. El aspecto crucial de la discusión dogmática acerca de la estructura de lo injusto es el del papel que ha de jugar el resultado. La importancia de la lesión del bien jurídico, que la teoría clásica identificaba con lo injusto, viene sufriendo incesantes embates hasta el punto de que se cuestione su relevancia en el ámbito de la antijuridicidad. Pocos son los autores que hoy siguen sustentando que «el núcleo esencial de la antijuridicidad está situado (...) en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos»<sup>36</sup>. Ciertamente, «resulta, a este respecto, llamativo que lo que durante más de medio siglo fue considerado única esencia de lo injusto esté ahora sometido a discusión, mientras que el desvalor de la acción se ha asentado firmemente en aquella categoría»<sup>37</sup>. Sin embargo, la postura opuesta extrema por la que se sustrae al resultado toda significación en lo injusto es minoritaria.

2. Procede en esa misma línea rechazar la concepción de la antijuridicidad basada en la producción de un resultado por considerarla incompatible con una fundamentación imperativa de la norma. En cambio, existe amplia aceptación de que lo injusto es esencialmente una acción disvaliosa; idea que aquí ha sido suscrita: el juicio de antijuridicidad recae *necesariamente* sobre la acción. Ahora bien, aunque se considere que el desvalor de la acción fundamenta lo injusto, no puede predicarse el mismo grado de acuerdo en la doctrina respecto al significado que se concede al desvalor del resultado.

El primer punto de la discusión es si lo injusto se agota en el desvalor de la acción; es decir, si una construcción como la del desvalor del resultado es ajena al contenido y graduación de la antijuridicidad de la conducta. La consecuencia lógica que de ello habrá que extraer, y que a su vez sirve para ilustrar tal idea, es si lo injusto del delito consumado es idéntico al de la tentativa (idónea o inidónea) acabada que suponga la completa realización del tipo excepción hecha del resultado; en otras palabras, si con el desvalor de la acción lo injusto queda *plenamente* constituido y agotado. Pero aun cuando la opción es que el desvalor del resultado es un componente de lo injusto, aparecen otras divergencias doctrinales relativas

---

lógico, por tanto, que el resultado de lesión de un bien jurídico no tenga carácter constitutivo en lo injusto *independientemente* del desvalor de la acción que lo causa.

<sup>36</sup> Aisladamente, p. ej., MORILLAS CUEVA, Metodología y Ciencia Penal, p. 295.

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, *loc. cit* en nota 7.

a la cuestión de si tiene carácter constitutivo o «contributivo»; o sea, si el carácter de ilícito penal de cualquier comportamiento implica *necesariamente* la apreciación de un cierto desvalor de resultado, o que la aparición de un desvalor del resultado eleva lo injusto, ya constituido por el desvalor de la acción que es el elemento necesario y suficiente.

Como hemos visto de ello dependerá la justificación de que se castigue más levemente el delito intentado que el delito consumado, y ulteriormente que sea posible distinguir entre tentativa idónea e inidónea. El estado de la cuestión puede ser descrito entonces atendiendo a las posibilidades que restan tras desechar la concepción que basaba lo injusto en el desvalor del resultado<sup>38</sup>: (a) el resultado carece de significación en lo injusto, ya que éste se agota en el desvalor de la acción; (b) lo injusto queda constituido sólo cuando al desvalor de la acción se le añade el desvalor del resultado; o, (c) pudiendo quedar constituido lo injusto por el desvalor de la acción, el desvalor del resultado contribuiría a la graduación de aquél.

3. Solamente quienes propugnen que lo injusto comprende el desvalor del resultado encuentran *en ese ámbito* la razón del castigo atenuado de la tentativa frente al delito consumado en la medida que supone un menor injusto<sup>39</sup>. Si, de acuerdo con la primera corriente, se considera que lo injusto se agota en el desvalor de la acción, entonces debe identificarse lo injusto de la tentativa acabada con lo injusto del delito consumado, y habrán de ser otros los argumentos para justificar el menor castigo de aquélla.

Veamos con mayor detalle el significado de las posiciones doctrinales así clasificadas, siguiendo los criterios que se han impuesto para describir el estado de esta cuestión<sup>40</sup>, no sin antes advertir que la agrupación practicada no supone mayor afinidad entre las diferentes posturas, toda vez que tampoco implica la coincidencia sobre el contenido atribuido al desvalor de la acción.

---

<sup>38</sup> El criterio ya no es tanto si se trata de concepciones objetivas o subjetivas cuanto si se ofrece una fundamentación monista o dualista de lo injusto; v. GALLAS, Bockelmann-FS, pp. 155-79 (*pássim*), y HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuridicidad, *pássim*.

<sup>39</sup> La misma consecuencia —menor castigo de la tentativa que del delito consumado— se alcanza por algunos autores con la referencia a la punibilidad; esto es, considerando plenamente constituido lo injusto en la fase de tentativa acabada, la punibilidad es mayor para el delito consumado; v. *infra* a. No obstante la perspectiva de nuestra exposición es la de si el resultado está llamado a influir *en lo injusto*.

<sup>40</sup> V. además de las referencias anteriores, LAURENZO COPELLO, El resultado en Derecho Penal, pp. 43-58.

a. *El desvalor del resultado carece de significación en lo injusto*

1. Es ésta la idea directriz de la denominada concepción monista de lo injusto<sup>41</sup>. Se deduce del principio, también aquí admitido, de que las normas jurídico-penales tienen un fundamento imperativo. La prohibición que contienen no puede sino referirse a comportamientos voluntarios<sup>42</sup>. El significado que a esto se otorga es que la norma ve así reducido su objeto a tales comportamientos<sup>43</sup>. La antijuridicidad es entendida entonces, exclusivamente, como antinormatividad.

2. Dentro de este grupo, se ha señalado como postura doctrinal extrema la de *Zielinski*<sup>44</sup>. Para este autor lo injusto se agota en el desvalor de la acción determinado por un comportamiento contrario a la norma conforme a la representación *subjetiva* de la situación de hecho (corriente subjetivo-monista)<sup>45</sup>. Si la infracción de la norma de determinación consiste en el comportamiento que quiere ser evitado<sup>46</sup>, la completa realización del mismo colma lo injusto<sup>47</sup>. De ahí niega toda in-

---

<sup>41</sup> HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 78-82; ARMIN KAUFMANN, NPP, 1975, pp. 162, 164, 169-72 y 177; *el mismo*, NPP, 1977, pp. 57-60; LÜDERSSEN, ZStW, (85) 1973, pp. 291-5; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 61; OTTO, *Allg. Teil*, p. 165; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 43-76; SCHAFFSTEIN, *Welzel-FS*, pp. 560-3 y 567; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, pp. 219-39 (47-80) específicamente, p. 238 (79); SUÁREZ MONTES, *Welzel-FS*, pp. 389-92; ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, pp. 162-4 y 220-1.

<sup>42</sup> V. por todos WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 14.

<sup>43</sup> ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 141.

<sup>44</sup> V. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, especialmente pp. 163-4 y 368-9.

<sup>45</sup> *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, pp. 292 y 369; era lógico entonces que la tentativa únicamente peligrosa para el autor se convirtiera en el «prototipo de lo injusto» (cfr. *ob. cit.*, pp. 163-4); v. también ARMIN KAUFMANN, NPP, 1975, pp. 168-75. Acerca de esta posición doctrinal v. GALLAS, *Bockelmann-FS*, p. 157, de la que interpreta que se fundamenta en un «no dejarse motivar por la norma», representado en la manifestación de voluntad contraria al imperativo de la norma; HIRSCH, ZStW, (94), pp. 247-9; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 78-81; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 32, para quien lo injusto se traduce por esta postura en un «juicio de desaprobación que recae sobre el autor por el hecho de haberse decidido a actuar en forma típica»; LÜDERSSEN, ZStW, (85) 1973, pp. 291-3; RUDOLPHI, *Maurach-FS*, pp. 58 y 64-5.

<sup>46</sup> Recuérdese que aquí la norma no es el objeto de protección como para *Jakobs*, sino que su utilidad es sólo instrumental para llevar a cabo el cometido del Derecho Penal, lo cual es básico para una discusión sobre el agotamiento de lo injusto en el objeto de la norma; cfr. al respecto STRATENWERTH, *Schaffstein-FS*, pp. 182-5.

<sup>47</sup> ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pp. 163-4 y 368.

fluencia del resultado en lo injusto y en la culpabilidad<sup>48</sup>, relegando su consideración a la punibilidad<sup>49</sup>. Serían así igualmente merecedores de pena el delito consumado, la tentativa acabada, o la acción peligrosa que casualmente sólo alcanza un resultado más leve que el previsto<sup>50</sup>.

Sólo al individualizar la pena, fundamentada y acotada en lo injusto culpable, admite la posibilidad de conceder alguna relevancia al resultado, pues atendiendo a los fines de la misma puede influir en la *necesidad de pena*<sup>51</sup>. Conforme al parecer de *Zielinski*, la necesidad de castigar lo injusto culpable queda en manos de la comunidad que, dependiendo entre otros factores del resultado producido, reclamará o no la reacción contra la infracción de la norma, y en definitiva, según factores ajenos a lo injusto y a la culpabilidad<sup>52</sup>. Sin embargo, afirmada en la ley la necesidad de pena de la tentativa, cuando se trata de tentativa acabada no hay diferencias ni en lo injusto ni en la culpabilidad respecto al delito consumado, y deben ser igualmente castigados independientemente del resultado. Sólo cuando se trate de una tentativa inacabada la pena debe ser menor en la medida que contiene un menor desvalor de acción<sup>53</sup>.

3. Lógicamente, que la sola ausencia de resultado pueda significar una menor pena o la renuncia al castigo habrá de ser justificado entonces en la punibilidad del hecho<sup>54</sup>. En efecto, la incuestionable coherencia de esta construcción se proyecta en unas observaciones político-criminales sobre las que se apoyaría la razón de disminuir o de renunciar a la punibilidad de la acción prohibida que no ocasiona tal resultado.

---

<sup>48</sup> Disvalor de acción, pp. 236-8; lo cual hace suponer a GALLAS, Bockelmann-FS, p. 159 que, para quienes conciben así lo injusto, la actitud contraria a la norma, surge de la exclusiva estimación de aspectos subjetivos, quitando toda relevancia a los elementos objetivos.

<sup>49</sup> ZIELINSKI, Disvalor de acción, p. 248.

<sup>50</sup> Cfr. ZIELINSKI, Disvalor de acción, pp. 249-50 y 252-3.

<sup>51</sup> ZIELINSKI, Disvalor de acción, pp. 248-9.

<sup>52</sup> Cfr. Disvalor de acción, pp. 240 y 245-6.

<sup>53</sup> Disvalor de acción, p. 252.

<sup>54</sup> Esta postura, sustancialmente modificada a partir de la 5ª ed. de su Manual de Derecho Penal (Parte General), también fue mantenida por MIR PUIG, Función de la pena, p. 66. A ella se adhería su discípula FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, p. 492, aunque, en su opinión, «son muchos los casos de frustración, que, aun a pesar de no haber causado el daño que se pretendía evitar, causan en la comunidad una gran conmoción debido a la peligrosidad contenida en la acción. En estos casos no estaría justificado atenuar la pena del delito frustrado en base a la menor necesidad de pena atendiendo a razones preventivo-generales».

En primer lugar, la denominada función probatoria del resultado<sup>55</sup>, inferida de que la lesión puede ser prueba de la capacidad de la acción para producirla, y su ausencia de que la acción no fuera tan peligrosa. La fuerza de este argumento ha sido negada por *Zielinski*: «el resultado no es (...) ninguna prueba del ilícito cometido», sólo puede ser un indicio<sup>56</sup>. Esta crítica puede verse favorecida con la revisión de los argumentos y ejemplos que empleaba *Mir Puig*, pues la conclusión de que la conducta que de hecho no causa resultado lesivo alguno no es seguro que fuera tan peligrosa, introduce una consideración *ex post* en una valoración que debe ser llevada a cabo exclusivamente *ex ante* —la peligrosidad—. El disparo a quemarropa entraña mayor peligro *ex ante* que el disparo desde cincuenta metros, aunque sólo el segundo produzca la muerte de la víctima. No obstante el desvalor de la acción del primer caso es mayor que el del segundo. Esto demostraría la invalidez de una regla (en el contexto de una fundamentación monista de lo injusto) como la de que la tentativa, incluso la acabada, pueda ser más benignamente castigada que el delito consumado. La producción del resultado no es demostrativo de que la conducta era más peligrosa *ex ante*.

Otro tanto sucede en los delitos culposos: que el resultado se haya producido no tiene por qué significar que la conducta causal sea más o menos peligrosa *ex ante*. Así, conductas muy peligrosas pueden ser agraciadas con la casualidad de que el resultado no se produzca, y conductas *ex ante* menos peligrosas pueden derivar en la lesión del bien jurídico.

4. Por eso entiendo que en nada debe verse influida la medida de la peligrosidad *ex ante*, como apreciación normativa (no ontológica) de la potencialidad lesiva, por el resultado —no sería coherente decir que *ex post* se constata la mayor o menor entidad de lo que debió decidirse *ex ante*—, so pena de comprometer el fundamento apriorístico del juicio *ex ante*. La producción del resultado puede corroborar la peligrosidad de la conducta; pero su no producción no significa que *ex ante* sea más o menos peligrosa<sup>57</sup>. Porque además, la peligrosidad de la conducta determina su desvalor, y éste es privativo de lo injusto<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> MIR PUIG, Función de la pena, pp. 66-70.

<sup>56</sup> Disvalor de acción, pp. 243-6.

<sup>57</sup> Análogamente, v. FARRÉ TREPAT, La tentativa, p. 313: «no es correcto examinar la peligrosidad de una acción en relación al resultado producido. Peligro (*sic*) implica una cierta probabilidad de producción de la lesión, por ello no puede examinarse en relación a una acción concretamente realizada».

<sup>58</sup> Así el mismo MIR PUIG, Función de la pena, p. 72.

No obstante *Mir Puig*, aduce otra razón, suficiente, para que, desde la perspectiva preventivo-general, quede condicionada la punibilidad según la necesidad de pena para la conducta ilícita según concurra o no el resultado<sup>59</sup>: «la falta de resultado hace menos necesaria la prevención general positiva, tendente a estabilizar la conciencia jurídica general, mediante la estigmatización penal del hecho», de modo que en los delitos dolosos permite considerar «menos necesaria la descalificación penal del hecho ante la colectividad si no llega a producirse la lesión de un bien jurídico»<sup>60</sup>.

Con todo, a esta concepción hay que reconocerle el valor añadido de que demuestra que la fundamentación monista de lo injusto —basada solamente en el desvalor de la acción—<sup>61</sup> no tiene que corresponderse con una perspectiva subjetiva<sup>62</sup>.

5. La armonía sistemática de ambas tendencias monistas (subjetiva y objetiva) es evidente. Consiguen evitar como excepción el problema de la tentativa inidónea. Si bien, podría esto ser expresado de otro modo: ni siquiera para los supuestos de consumación de un delito de resultado es necesario excepcionar el principio general de partida, según el cual lo injusto queda *plenamente* constituido por el desvalor de la acción<sup>63</sup>.

*b. Lo injusto queda constituido cuando al desvalor de la acción se le añade el desvalor del resultado*

1. También son variados los argumentos que confluyen en la tesis dominante según la cual para que lo injusto quede constituido deben concurrir desvalor de la

<sup>59</sup> Función de la pena, p. 71.

<sup>60</sup> Función de la pena, pp. 70-1.

<sup>61</sup> Valor que puede ser aún mayor si se estima que además tampoco una fundamentación finalista conduce necesariamente a identificar desvalor de la acción con el desvalor de la intención. La finalidad podría ser arropada con parámetros objetivos, de modo que tampoco sería preciso recurrir al correctivo del desvalor del resultado como co-fundamento de lo injusto para salvar lo inaceptable de la fundamentación en el desvalor de la intención.

<sup>62</sup> Cfr. GALLAS, Bockelmann-FS, pp. 155-9; HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la anti-juridicidad, pp. 25-32.

<sup>63</sup> Así STRUENSEE, ADPCP, 1993, p. 956: «las deducciones de una doctrina de lo injusto orientada al tipo y fundamentada en la teoría de las normas muestran (...) a la tentativa acabada (...) nomológicamente idónea, como contraria a la norma e injusto completo».

<sup>64</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Estudios Jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria, pp. 100-1; HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la anti-juridicidad, pp. 69-73; JESCHECK/ WEIGEND, Allg. Teil, pp. 239-40; STRATENWERTH, SchwZStr, (79) 1963, pp. 248-9.

acción y desvalor del resultado<sup>64</sup>. La diversidad viene, también aquí, motivada por el contenido del que se dota a la norma; pero más que por el descubrimiento de una faceta imperativa al lado de otra, de la que inevitablemente es dependiente, valorativa<sup>65</sup>, más o menos separada, se debe a la anteposición o supremacía de un aspecto sobre el otro. Luego, el esquema teorías objetivas - teorías subjetivas que nos ha permitido separar diferentes interpretaciones monistas de lo injusto, es perfectamente trasladable aquí.

2. La idea rectora de esta concepción dualista, común a todas sus variantes (y quizás la única compartida por todas ellas), es que lo injusto sólo queda plenamente constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado. Es ésta pues la característica fundamental que permite la distinción entre monismo y dualismo: lo injusto del delito consumado es aquí algo más que el desvalor de la acción; la explicación de por qué se castiga con mayor pena el delito consumado que la tentativa (acabada) la da la medida de lo injusto. El objeto de las normas de determinación no completa necesariamente el contenido de lo injusto<sup>66</sup>.

A partir de ahí, o más bien, hasta llegar ahí<sup>67</sup>, existe cierta variedad de descripciones de la relación entre los aspectos valorativo e imperativo de la norma. Así por ejemplo, *Huerta Tocildo*, basándose en que la norma penal es norma de determinación de conductas, entiende que de la *necesidad* del desvalor de acción para constituir lo injusto sólo puede deducirse la insuficiencia del desvalor del resultado. Pero no que el desvalor de la acción sea suficiente para la constitución de lo injusto<sup>68</sup>. Esta construcción, la extiende incluso para la tentativa inidónea: «no sería incorrecto afirmar que toda tentativa —incluso la inidónea— supone la puesta en peligro del bien jurídico que se pretende lesionar, por lo que también aquí se daría un «cierto» *desvalor de resultado*, si bien éste sería distinto y de menor entidad que el propio del delito consumado»<sup>69</sup>. Entiendo no obstante, que para ello, con sus presupuestos, habría que hacer una de estas dos identificacio-

---

<sup>65</sup> Quiero prescindir en esta idea, por el momento, de la importancia del orden de los factores. Sobre las posibilidades lógicas de la relación entre imperativos y juicio de valor, v. SCHÜNEMANN, en *Schünemann* (Comp.), El sistema moderno del Derecho Penal, pp. 75-6.

<sup>66</sup> V. así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado, pp. 186-8.

<sup>67</sup> Porque en realidad, la propuesta de que el desvalor del resultado pueda cofundamentar, o pueda dar la medida de lo injusto, es derivada de la previa opción por un concepto de norma.

<sup>68</sup> Sobre el contenido de la antijuridicidad, pp. 65-6.

<sup>69</sup> Sobre el contenido de la antijuridicidad, p. 52.



nes: o no se puede diferenciar entre tentativa idónea e inidónea porque desde la perspectiva *ex ante* no puede advertirse la inidoneidad de la conducta<sup>70</sup>; o equiparar peligrosidad de la conducta —que es una medida potencial— a peligro que la conducta entraña —que es una medida actual—, y con esta acepción, en efecto, todo principio de ejecución pone en peligro el bien jurídico protegido<sup>71</sup>.

De otra manera, partiendo del carácter esencial del desvalor del resultado, entendía *Rodríguez Mourullo* la complementación en lo injusto del desvalor de la acción y el desvalor del resultado, pues parte de la fundamentación axiológica de la antijuridicidad<sup>72</sup>. Según esto, el desvalor de la acción determina la modalidad de ataque al bien jurídico protegido por la norma de valoración; pero es esencial que exista desvalor del resultado: «la lesión del bien jurídico puede no constituir un injusto típico si no va, a veces, acompañado del desvalor de la acción»<sup>73</sup>. Igualmente, para la validez general de su concepción tiene que resolver la dificultad que plantea la tentativa inidónea: su desvalor del resultado consiste en la «especial *conmoción* del orden jurídico» que «de algún modo pone en peligro «el general orden público». Lo cual no deja de significar un distanciamiento de la vinculación al *concreto bien jurídico* que la norma quiere proteger, como más adelante estudiaremos al ocuparnos de la teoría de la impresión<sup>74</sup>.

3. La detección en la tentativa inidónea de un cierto desvalor del resultado muestra cómo un importante sector de la doctrina lleva hasta sus últimas posibilidades la fundamentación dualista de lo injusto. No es sólo que se admita la pertinencia del desvalor del resultado a lo injusto; las diferencias con una concepción monista según la cual lo injusto queda plenamente constituido con el desvalor de la acción, van más allá: es condición necesaria para la antijuridicidad de la conducta un cierto desvalor del resultado.

<sup>70</sup> Si se distinguiera, la inidónea manifestaría su falta de peligrosidad y por consiguiente no podría generar ningún peligro imputable.

<sup>71</sup> Cfr. ob. cit., pp. 52-53 con ns. 82-3. Ya nos hemos pronunciado más arriba sobre el distinto significado de las expresiones «peligrosidad de la conducta» y «peligro del bien jurídico», y acerca de su trascendencia en lo injusto respectivamente en el desvalor de la acción y en el desvalor del resultado.

<sup>72</sup> V. especialmente PG, pp. 327-31. A pesar de que reconoce que *en virtud del juicio de antijuridicidad* se expresa la relación de contrariedad entre la acción y la norma jurídica (la cursiva ha sido añadida).

<sup>73</sup> Comentarios I, p. 332.

<sup>74</sup> V. *infra* I y II.

## I. El argumento generalizador de la teoría de la impresión

1. Esta concepción dualista de lo injusto ha encontrado en la teoría de la impresión su mejor argumento<sup>75</sup>. De hecho la mayoritaria adscripción a la misma guarda relación directa con el avance de la teoría de la impresión, que en estos momentos es doctrina absolutamente dominante en Alemania. Sobre la influencia que actualmente, y en el futuro, pueda representar en la doctrina española hay que advertir que dicha teoría se basa en la teoría subjetiva de la tentativa<sup>76</sup>. Considerando excesivo castigar todos aquellos casos de tentativa en los que la imposibilidad de consumación sea debida a una errónea representación del autor, la teoría de la impresión limita el merecimiento de pena a los que comportan la conmoción de la colectividad siendo necesario el mantenimiento del orden jurídico<sup>77</sup>. Siendo éste su sentido originario, la importación a una concepción objetiva de lo injusto transforma su finalidad; mientras que para la fundamentación subjetiva de lo injusto la teoría de la impresión *restringe* los casos de tentativa punible, para la fundamentación objetiva, «la alarma o la impresión de la acción en la colectividad» es el «elemento extrínseco» determinante de la punibilidad de la tentativa inidónea<sup>78</sup>. Solamente con la teoría de la impresión las concepciones objetivas pueden «fundar el castigo de las conductas carentes de todo peligro para el bien jurídico»<sup>79</sup>.

2. La teoría de la impresión ofrece pues, tanto a las concepciones subjetivas como objetivas, el recurso para eliminar cualquier excepción a la estructuración dualista de lo injusto. Toda conducta tendente a agredir un bien jurídico se hace merecedora de castigo si mina la confianza de la colectividad en la vigencia del

---

<sup>75</sup> Cfr. en ese sentido WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, pp. 120-1.

<sup>76</sup> Así FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, p. 25; HIRSCH, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 560.

<sup>77</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, pp. 514-5.

<sup>78</sup> TORIO LÓPEZ, *Estudios Penales y Criminológicos*, X, p. 384; en igual sentido, *el mismo*, *Centro de Estudios Criminológicos* (Universidad de La Laguna), (1) 1992, pp. 181-2: en las acciones de tentativa inidónea «falta el coeficiente material, es decir, la peligrosidad potencial del comportamiento (...), pero su remisión a la zona libre estaría, sin embargo, injustificada. La teoría de la impresión cierra aquí lagunas. Excluye, en primer lugar, la punibilidad de la tentativa irreal y de la tentativa supersticiosa. La mantiene, por el contrario, en aquellas hipótesis en que el acto de tentativa puede valorizarse como acción abstractamente peligrosa idónea para producir una conmoción en la colectividad jurídica»; cfr. sin embargo, *el mismo*, *Homenaje al Prof. Sáinz-Cantero II*, p. 219.

<sup>79</sup> Críticamente, GONZÁLEZ CUSSAC, *PJ*, (28) diciembre 1992, p. 24.

ordenamiento jurídico, lo que por sí sólo representa el resultado de una acción contraria a la norma. Lo injusto queda constituido, y sólo puede quedar constituido, cuando al desvalor de la acción se añade (un) desvalor del resultado<sup>80</sup>.

## II. Crítica a la teoría de la impresión

1. Es indiscutible que la teoría de la impresión consigue dar respuesta al problema de la tentativa (inidónea) con que tropieza la concepción dualista de lo injusto que se resiste a negar el carácter cofundamentador de lo injusto del desvalor del resultado. Pero el que unas veces sirva para limitar el alcance de la tentativa punible (teoría subjetiva de la tentativa)<sup>81</sup>, y otras para ampliarlo (teoría objetiva), hace pensar que se trata más de una solución intuitiva, basada en el sentimiento<sup>82</sup>, que sistemática.

2. En cierto modo ese resultado de conmoción social pretende suplantar el peligro para el concreto bien jurídico como fundamento de la punibilidad<sup>83</sup>. En la decisión del legislador de incriminar una conducta está latente su trascendencia psico-social<sup>84</sup>, identificable con la referida capacidad de impresión de la colectividad. Esto vale tanto para (todos) los casos de tentativa punible como para cualquier otra figura delictiva<sup>85</sup>. La impresión que en la colectividad se produce no

<sup>80</sup> Cfr. en ese sentido HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuridicidad, p. 24. Lo cual no supone, a mi juicio, un abandono de la perspectiva *ex ante* acudiendo a la óptica *ex post*, como señala GONZÁLEZ CUSSAC, PJ, (28) diciembre 1992, p. 24. Aunque compartiendo con este autor buena parte de sus críticas a la teoría de la impresión, sin embargo no acierto a ver dicho abandono por parte de esta teoría; en efecto, el impacto social que oportunamente considera la teoría de la impresión se ha de valorar *ex post*, pero esto no es en modo distinto a como se procede a la valoración del resultado, se sea o no seguidor de dicha teoría; cfr. *infra* c.

<sup>81</sup> En ese sentido va la propuesta de WOLTER, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem, pp. 79-80.

<sup>82</sup> Sería así, para la teoría subjetiva, que algunas tentativas incriminadas conforme al § 22 no debiera castigarse; para la teoría objetiva, que algunas conductas realmente no peligrosas no debieran permanecer impunes.

<sup>83</sup> Cfr. en igual sentido FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, p. 27; GONZÁLEZ CUSSAC, PJ, (28) diciembre 1992, p. 24.

<sup>84</sup> V. al respecto ESER, en *Schönke/ Schröder*, Vor § 22, p. 339 (22).

<sup>85</sup> Por eso reconoce ALWART, Strafwürdiges Versuchen, pp. 208-9, que más bien se trataría de una agresión al conjunto del Ordenamiento Jurídico, lo que da por supuesto —me parece— que no es algo distinto a lo que ocurre con cualquier otra conducta delictiva.

sería así algo privativo de los casos de tentativa inidónea cuyo castigo justifica la teoría de la impresión<sup>86</sup>; la agresión de ese «abstracto» bien jurídico del que se vale, si la ley sintoniza con el sentir social, aparece en todo delito<sup>87</sup>. No obstante, la inducción de esta generalización, puede ser contabilizada como mérito de la teoría de la impresión como nuevo impulso a una reconstrucción del Ordenamiento Jurídico en clave de fines generales de la pena (concretamente, el de prevención general)<sup>88</sup>; aunque para ese interesante objetivo, la teoría de la impresión no es un instrumento satisfactorio.

La misma justificación de los límites de la tentativa punible es merecedora de las más severas críticas<sup>89</sup>. Nótese que mientras que para los casos de tentativa inidónea, a dicha impresión se le concede capital importancia, tanto como para que complete lo injusto<sup>90</sup>, en todos los demás casos una fundamentación complementaria —basada en la agresión del *concreto* bien jurídico— hace casi imperceptible un tal desvalor del resultado. Tan oportunista recurso de la teoría de la impresión sería revelador de la no bien lograda adaptación de las disposiciones reguladoras de la tentativa al principio de legalidad<sup>91</sup>: se recoge como tentativa punible algo que debiera quedar impune —para la teoría subjetiva—<sup>92</sup>, o excede

---

<sup>86</sup> Lo cual es más notable desde la fundamentación subjetiva de lo injusto; como TAMARIT SUMALLA pone de manifiesto: «la (...) exigencia de que la tentativa ocasione una «impresión conmovedora del Derecho» constituye un débil contrapeso objetivo, pues en definitiva es el ánimo o actitud del autor frente al Derecho, la mera desobediencia a la norma, el factor determinante de tal conmoción. Nos encontramos pues ante un razonamiento circular, en el que la idea de «conmoción del Derecho» aparece como un referente vacío de contenido» (ADPCP, 1992, p. 535 n. 72).

<sup>87</sup> Cfr. en igual sentido JAKOBS, Allg. Teil, p. 712.

<sup>88</sup> Al respecto v. SCHÜNEMANN, GA, 1986, pp. 311-2.

<sup>89</sup> V. GONZÁLEZ CUSSAC, PJ, (28) diciembre 1992, p. 24: «fundamentar la punibilidad, o mejor dicho, el adelantamiento de la misma, en un criterio así resulta a todas luces inaceptable»; TAMARIT SUMALLA, ADPCP, 1992, p. 530: «resulta poco satisfactoria al introducir un insuficiente, arbitrario y peligroso límite al fundamento preponderantemente subjetivo de la tentativa».

<sup>90</sup> V. en ese sentido, GALLAS, ZStW, 1935, pp. 281-4; TORIO LÓPEZ, Homenaje al Prof. Sáinz-Cantero II, p. 219, para quien el requisito de la impresión o de la alarma social de la colectividad constituye una aproximación al injusto de policía.

<sup>91</sup> Con esa preocupación expresa WEIGEND, Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, pp. 122-3, su pesimismo sobre el futuro de la teoría de la impresión: aunque verdaderamente ofrece alguna ventaja, no refleja la regulación del Derecho positivo, por lo que es más propia para objetivos apoloéticos o didácticos.

<sup>92</sup> Cuando a una solución equivalente se podría llegar con la limitación del tipo de tentativa con algún elemento objetivo corrector.

del concepto de tentativa algo que debiera castigarse como tal —para la teoría objetiva—<sup>93</sup>.

En la misma línea se sitúan otras no pocas críticas. Formulada esta teoría sobre conceptos tan difusos como «impresión social», «conmoción del Ordenamiento Jurídico», «menoscabo de la paz jurídica», «perturbación de la confianza de la colectividad en la vigencia del Ordenamiento Jurídico», «sentimiento de seguridad», la hacen ambigua y falta del mínimo grado de concreción exigible desde el punto de vista del principio de legalidad<sup>94</sup>. La producción de un resultado como éste dependería del particular contexto en el que la conducta se realice, y la posible repercusión de las características de quienes se considere que deben enjuiciar los hechos<sup>95</sup>. Un mismo hecho puede ser *sentido* de diversa manera<sup>96</sup>. La innegable impregnación sociológica de la categoría conmoción social es por todo ello un resultado muchas veces impredecible para el legislador, e incluso manipulable: ¿cuántos hechos igualmente valorados por la ley han generado desigual impacto social según la trascendencia que alcanzan en los medios de comunicación?<sup>97</sup>.

3. Aparte de los problemas de contenido y validez de un desvalor del resultado como el que desentraña la teoría de la impresión en algunos casos de tentativa, cualquier intento de implantación sistemática del mismo no resiste otras pruebas a las que debe ser sometido. En la propia base, la fundamentación subjetiva de lo injusto entraría en contradicción con el requisito para la imposición de la pena de

<sup>93</sup> Cuando a una solución equivalente se podría llegar limitando las exigencias objetivas del tipo de la tentativa.

<sup>94</sup> V. así FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, pp. 27 y 332; GONZÁLEZ CUSSAC, PJ, (28) diciembre 1992, p. 25; Ha, Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs, p. 147.

<sup>95</sup> V. FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, pp. 27 y 332; especialmente crítico WEIGEND, Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, pp. 122-3.

<sup>96</sup> Nótese que esta crítica no es trasladable a la valoración de la acción; siendo cierto que el enjuiciamiento de la peligrosidad de ésta puede depender del nivel de conocimientos y capacidades que dotemos al observador, lo único que puede resultar son *apariencias* diferentes. Cuando nos referimos a las consecuencias de la acción el resultado es siempre apreciado de la misma manera, sólo que puede ser *sentido* de modo diverso. Mientras el hecho *conducta* admite diversas apreciaciones, según los datos con los que se considere que deben concurrir en su enjuiciamiento, el hecho *resultado* no admite tal relativización.

<sup>97</sup> Por análogas razones en España se critica incluso la justificación de la prisión provisional —que ni siquiera tiene naturaleza de pena—, cuando a pesar de lo dispuesto en los arts. 503, 2<sup>a</sup> y 528 I LEcr, tiene como motivo calmar la alarma social.

la confirmación de la significación de sublevación contra la norma<sup>98</sup>. También sería difícil explicar lo que ocurre con los delitos culposos. La sola infracción del objetivo deber de cuidado, a veces, es capaz de «impresionar» en igual modo, y la sociedad sufriría también ese mismo sentimiento de inseguridad que merma la confianza en la vigencia del Ordenamiento Jurídico, aunque de la acción imprudente no resulte la lesión de los concretos bienes jurídicos que la norma trataba de evitar. La ausencia de propuestas por parte de los seguidores de la teoría de la impresión en el sentido de que dicha impresión complete, aquí también, lo injusto punible de la conducta infractora, es una muestra más de su falta de refrendo sistemático.

Pero es que desde la posición contraria, una fundamentación objetiva de lo injusto que considere decisiva la impresión social que el hecho causa, no puede dejar de ser vista como un inconsecuente alejamiento de la fundamentación de lo injusto en el principio protección de los bienes jurídicos reconocibles en el tipo<sup>99</sup>. De hecho es así expresamente reconocido que la punición de la tentativa inidónea se fundamenta en el peligro o lesión de *otros bienes jurídicos* distintos cuya agresión pretende ser evitada por el correspondiente delito consumado<sup>100</sup>.

*c. Lo injusto, constituido por el desvalor de la acción, puede verse incrementado por el desvalor del resultado*

1. El debate entre las teorías agrupadas atendiendo a los criterios antecedentes muestra algunos puntos de acercamiento que, como conclusión a este apartado, deben ser destacados. Sin perder de vista la referencia de la tentativa, observamos que la amplitud máxima de lo injusto se corresponde con la teoría monista-subjetiva; veremos así que desde esta posición se afirma la antijuridicidad de la tentativa irreal<sup>101</sup>. La teoría monista-objetiva y las referidas teorías dualistas tienden, desde concepciones distintas, a unos criterios de limitación de la tentativa punible cuyas consecuencias prácticas quedan bastante próximas: la tentativa irreal no es injusto, y algunos casos de tentativa inidónea quedarían impunes por la misma razón. Las partidas que permiten hacer este balance son: la exigencia de

<sup>98</sup> V. WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, pp. 123-4.

<sup>99</sup> Así GONZÁLEZ CUSSAC, PJ, (28) diciembre 1992, p. 24; cfr., sin embargo, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pp. 22-3.

<sup>100</sup> V. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 117-9; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 52-3 con n. 83.

<sup>101</sup> Armin KAUFMANN, NPP, 1975, pp. 169-70; ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pp. 151-2 con n. 14. De otra opinión SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, pp. 178-81 y 195-209; STRUENSEE, ADPCP, 1990, pp. 958-60.

peligrosidad objetiva (monismo-objetivo), y lo decisivo de la impresión social (dualismo), para que lo injusto quede constituido<sup>102</sup>.

2. El factor de convergencia en este contexto es, sobre todo, la aceptación, en mayor o menor grado, de la naturaleza imperativa de las normas. Desde ahí, resulta obligado reconocer el carácter fundamentador de lo injusto del desvalor de la acción. Creo indiscutible la necesidad de este presupuesto para apreciar la antijuridicidad de la conducta<sup>103</sup>. Sin embargo, la coincidencia no va más allá. La identificación del objeto de las normas de determinación con el contenido de lo injusto, como componente exclusivo, de la que parten las teorías monistas<sup>104</sup>, es producto de una absolutización de las mismas<sup>105</sup>, que no es consecuencia necesaria de haber admitido que la producción del resultado típico sea ajeno a la materia de la prohibición.

Contrariamente, el aspecto valorativo que predetermina los mandatos y prohibiciones puede ser rescatado, para la medida de lo injusto, desde el juicio de valor primario concerniente a los bienes jurídicos que el Derecho Penal quiere proteger a través de normas de comportamiento<sup>106</sup>. La medida de la agresión al Ordenamiento Jurídico no viene dada exclusivamente por la infracción de la norma. Recuérdese que la norma es un *instrumento* de protección de bienes jurídicos que al servicio de un Derecho Penal preventivo anticipa esa protección determinando al sujeto destinatario de aquélla. Si el sistema de referencia se sitúa en el delito consumado<sup>107</sup>, el desvalor del resultado ha de servir, en sede de antijuridicidad, para dar cuenta de que la agresión a los bienes que el Ordenamiento Jurídico protege no ha sido tan intensa cuando el delito ha quedado en tentativa. Por eso mismo las disposiciones de los textos legales concernientes a la tentativa conectan a la formulación primaria —el tipo consumado— la atenuación. Así, la aparición de un desvalor del resultado no es exigencia para que lo injusto quede constituido; sino que apreciado lo injusto en una acción disvaliosa, éste puede verse

<sup>102</sup> Cfr. *supra* a. y b.

<sup>103</sup> Lo cual reduce el problema a la cuestión —no poco importante— de cuál ha de ser el contenido del desvalor de la acción.

<sup>104</sup> V. así, críticamente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado, p. 186.

<sup>105</sup> SCHÜNEMANN, en *Schünemann* (Comp.), El sistema moderno del Derecho Penal, p. 75.

<sup>106</sup> En ese sentido CEREZO MIR, PG II, p. 156-8; MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado, pp.186-8

<sup>107</sup> Desde donde habría que explicar la atenuación obligatoria (o facultativa, según el § 23.3 StGB alemán) respecto al marco penal del delito consumado; v. así FRISCH, ADPCP, 1994, pp. 172-5.

incrementado por aquél<sup>108</sup>, (o disminuido). La acción disvaliosa es, en efecto, antinormativa, pero la antijuridicidad como agresión del Ordenamiento Jurídico será más intensa con la puesta en peligro del bien jurídico que sin ella, y más aún con la efectiva lesión del bien jurídico. El desvalor del resultado contribuye pues a la medida de dicha agresión. Lo injusto no es solamente lo prohibido<sup>109</sup>.

La plenitud de lo injusto se alcanza entonces con la producción del resultado cuando éste configure el tipo de lo injusto. Por consiguiente la antijuridicidad de los delitos de resultado depende de que la conducta constituya una infracción de la norma, pero si además se produce el resultado que quería evitarse, lo injusto se vería incrementado. Ciertamente que, entonces, el desvalor del resultado debe ser producto de unas valoraciones distintas a las que están implícitas en el desvalor de la acción<sup>110</sup>. Y no es menos cierto que el resultado del que se muestra capaz la acción ya se informa el desvalor de ésta —de ahí que la infracción de la norma de determinación en la tentativa acabada sea la misma que en el delito consumado—. Pero eso no nos obliga a negar que lo prohibido es sólo el comportamiento, ya que el Derecho no puede prohibir resultados<sup>111</sup>.

Tal posible «agregación» no es por tanto el mismo factor que podía «elevar» el desvalor de la acción —la capacidad de resultado—, ya contenido en éste<sup>112</sup>. El desvalor del resultado, como aquí se entiende, no influye en el desvalor de la acción, sino que da cuenta de la mayor o menor entidad de la agresión al Ordenamiento Jurídico, debida a una acción disvaliosa; el resultado lesivo ni es presupuesto del desvalor de la acción, ni tiene relevancia jurídico-penal autónoma, ni es decisivo para la antijuridicidad. Con lo cual, tampoco es un juicio de valor adicional sobre la finalidad, como critica *Zielinski*, pues así se salva la objeción de que el delito consumado y la tentativa constituirían infracciones de distintas normas de determinación<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, El ejercicio legítimo del cargo, pp. 156-9. V. LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, Vor § 13, p. 150 (58). Idéntica reflexión habría que hacer en relación con la argumentación de la posibilidad de atenuar la pena de la tentativa en el AE: si se está admitiendo la punibilidad de todos aquellos supuestos de tentativa distintos de la irreal, incluidos los que no alcancen un desvalor del resultado, no puede mantenerse que éste fundamenta lo injusto; a lo sumo contribuye a incrementarlo; cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches (Allgemeiner Teil)*, 1969, p. 63.

<sup>109</sup> CEREZO MIR, PG II, pp. 96-7.

<sup>110</sup> Cfr. ZIELINSKI, Disvalor de acción, p. 153.

<sup>111</sup> V. así ZIELINSKI, Disvalor de acción, pp. 156-7.

<sup>112</sup> Como quiere ver ZIELINSKI, Disvalor de acción, p. 151.

<sup>113</sup> Disvalor de acción, p. 153.



3. La razón fundamental para incorporar a la medida de lo injusto el desvalor del resultado estriba en que el concepto de antinormatividad no es coincidente con el de antijuridicidad<sup>114</sup>. La antijuridicidad debe expresar, también, la afectación del bien jurídico, y en concreto su lesión o puesta en peligro<sup>115</sup>. Lo injusto, «no consiste sólo en la relación entre la voluntad de la acción y la orden normativa, sino que radica igualmente tanto en la realización de la voluntad de la acción como en ese daño social que el lesionado y la comunidad sufren por el hecho y que debe ser evitado conforme a la valoración normativa»<sup>116</sup>.

4. No obstante, la categoría «desvalor del resultado» precisa, después de todo lo dicho, de un ulterior pronunciamiento respecto a los sentidos posibles en que puede ser entendido. Tal y como aquí se concibe, es presupuesto de dicha valoración que el tipo consumado de referencia para la tentativa prevea un resultado material<sup>117</sup>. El desvalor del resultado supone pues la lesión o puesta en peligro del concreto bien jurídico que la norma quería evitar.

Todas estas premisas conducen finalmente a la construcción del principio general según el cual 1), lo injusto queda constituido, pero no necesariamente agotado, por el desvalor de la acción —determinado éste por la antinormatividad de la conducta—. Así, toda tentativa, en cuanto peligrosa, representa un comportamiento antijurídico<sup>118</sup>. Y 2), lo injusto puede verse incrementado con la concu-

<sup>114</sup> V. así, recientemente, MIR PUIG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 228.

<sup>115</sup> Cfr. MIR PUIG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 228-32, coincidente sólo en parte.

<sup>116</sup> JESCHECK/ WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 239-40.

<sup>117</sup> Siguiendo la terminología de LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, pp. 61-126 y 182-3, podría hablarse de un resultado «estructural» real. Ni en los delitos de peligro abstracto (continentes si se quiere de un «desvalor de resultado potencial»), ni en los delitos para cuya consumación no se precisa la producción de un resultado separable de la acción (delitos de mera actividad), se puede descubrir un desvalor del resultado (real). Es básico para ello partir de la referencia en el tipo de un resultado separable de la acción, y que no toda perturbación (agresión) al bien jurídico da lugar a un desvalor del resultado (cfr. sin embargo, *ibidem*, p. 124). Entonces, sólo los delitos de lesión o de peligro concreto (los delitos de resultado), propician la existencia de un desvalor del resultado. Con otros presupuestos, dando otro sentido a la categoría «desvalor del resultado», MIR PUIG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 231: «en la medida en que también la conducta ha de «resultar» efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados».

<sup>118</sup> Considero que ésta es la forma correcta de entender que el fundamento que motiva la intervención penal es «la aptitud que poseen determinadas conductas para producir la le-

rrencia de un resultado disvalioso. Por lo que sólo algunas tentativas —las que hayan alcanzado el concreto peligro para el bien jurídico—, generan un desvalor del resultado.

5. Estas consideraciones se sitúan en un punto intermedio entre las concepciones monistas y dualistas (absolutas). Con las primeras se comparte que el desvalor de la acción es elemento constitutivo y suficiente, para la fundamentación de lo injusto. Lo cual nos permite seguir sosteniendo que la norma de determinación infringida con el delito consumado es la misma, y en igual medida, que en la tentativa acabada<sup>119</sup>. No en cambio que la tentativa acabada suponga un idéntico injusto que el delito consumado. Con las segundas, y por eso podría ser nuestra posición calificada de dualista relativa, que lo injusto de los delitos de resultado sólo queda plenamente constituido cuando al desvalor de la acción se le añade el desvalor del resultado (como lesión determinante de la tipicidad). Así es permitido inducir la generalidad de los principios, sin tener que excepcionar caso alguno de tentativa punible.

6. Ahora bien, el reconocimiento de excepciones, como las de la tentativa inidónea y de algunos casos de tentativa idónea, también comporta un cierto grado de desacuerdo con las posiciones dualistas absolutas que ven en todo caso, incluso en la tentativa inidónea, un cierto desvalor del resultado. Rechazada la teoría de la impresión, por más que sea requerida como recurso excepcional, la incriminación de la tentativa no peligrosa, de tentativas peligrosas sin desvalor del resultado, y de los delitos de mera actividad, son suficientes contraejemplos para negar la validez de que lo injusto sólo puede quedar constituido cuando al desvalor de la acción se añada el desvalor del resultado. En tal sentido, considero muy valiosas las precisiones de *Gracia Martín*, cuando afirma que concurre lo injusto material (en la tentativa inidónea), aunque falte el desvalor del resultado, porque no falta el desvalor de la acción<sup>120</sup>. En efecto, el desvalor del resultado aun siendo constitutivo (contributivo) de lo injusto, puede faltar. La cuestión es que

---

sión del bien jurídico»; v. MAQUEDA ABREU, AP, 1994, p. 482, si bien la conclusión de esta autora trae procedencia distinta a la nuestra. En el texto hemos querido demostrar la conveniencia de no rebasar el límite de la punibilidad fijado en las conductas peligrosas (límite máximo); Maqueda Abreu la presenta como un adelantamiento de protección penal, que rebase la limitación que supondría exigir la efectiva lesión de bienes jurídicos; cfr. ob. cit., p. 481.

<sup>119</sup> Cfr. ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pp. 155-6.

<sup>120</sup> AP, 1994 (16-7), p. 350.

«sólo queda *plenamente* constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado»<sup>121</sup>.

No obstante, si bien este último pronunciamiento es clarificador de la diferencia de lo injusto entre (todo) delito intentado y delito consumado, a mi juicio, también tiene una amplitud limitada. Se trata de una afirmación completamente válida para los delitos de resultado (estructural). Pero las propias críticas de *Gracia Martín* al art. 3.1 del Borrador de 1990 de PCP español, según las interpreto, advierten que de exigir con carácter general para la plena constitución de lo injusto el desvalor del resultado junto al desvalor de la acción, implicaría «excluir del Código Penal» también los delitos de peligro abstracto. Lo cual no es óbice, para este autor, para apreciar también en los delitos de peligro abstracto, un resultado no estructural<sup>122</sup>, *sui generis*<sup>123</sup>, distinto por tanto de la lesión o el peligro concreto del bien jurídico, expresado en la conducta misma como agresión al bien jurídico.

7. Resumidamente, aunque el comportamiento no alcance la lesión del bien jurídico objeto de protección, o que ni tan sólo lo ponga en concreto peligro es posible que se haya producido la infracción de la prohibición o del mandato. El resultado no es, entonces, elemento necesario para la constitución de lo injusto. No obstante, la agresión al Ordenamiento Jurídico, valedor de aquel bien como bien jurídico, se intensifica cuando el comportamiento antijurídico lo pone en peligro o lo lesiona. La situación creada puede ser así menos o más disvaliosa; y ese desvalor del resultado determinaría la medida lo injusto, constituyendo otro factor de cuantificación de éste con los ya referidos en relación con el desvalor de la acción.

#### D. Conclusiones

1. Las previsiones legales que facultan o fuerzan la atenuación de la pena de la tentativa obligan a considerar, con pequeñas excepciones, como factor determinante de la medida de lo injusto algo distinto de la mera antinormatividad de la conducta. A este factor complementario, prescindible sin embargo para la punibilidad, se le identifica como desvalor del resultado.

2. Precisamente por ese carácter prescindible el fundamento de la punición de la tentativa (a veces, pero no siempre carente de desvalor del resultado), como el

---

<sup>121</sup> GRACIA MARTÍN, AP 1994 (16-7), p. 354 n. 258 (la cursiva en el original).

<sup>122</sup> ASÍ LAURENZO COPELLO, El resultado en Derecho Penal, p. 182.

<sup>123</sup> GRACIA MARTÍN, AP, 1994 (16-7), p. 356, siguiendo a *Kindhäuser*.

de cualquier conducta que suponga una infracción jurídico-penal, se basa en la antinormatividad (esencia del componente desvalor de la conducta). Ello marca el camino de una relación de continuidad entre el delito intentado y el delito consumado. De modo que todos los factores para la medición de lo injusto de aquél han de estar presentes en éste; pero no a la inversa, pues en la tentativa faltará, por lo menos el resultado (como categoría formal). Así pues, la tentativa alcanza la morfología base de lo injusto de los correspondientes delitos consumados, y es por tanto, en ese contexto, el prototipo de lo injusto.

3. Otra cuestión es la de la punibilidad de la tentativa no peligrosa<sup>124</sup>. Si, como en mi opinión debe hacerse, se identifica esta categoría con las tentativas carentes de (apariencia de) peligrosidad, y como idónea se consideran (todas) aquellas que comporten esa característica (la de peligrosidad), supongan o no finalmente un peligro<sup>125</sup>, en efecto, la tentativa peligrosa es una buena referencia para considerarla prototipo de lo injusto. Regresando entonces al problema expuesto en el apartado A: la punición de las tentativas no peligrosas sí que sería el ejemplo de una desviación asistemática, o, si se quiere, de un verdadero (y quizás único) supuestos de anticipación —extravagante— de la punibilidad.

---

<sup>124</sup> Sobre mi opinión al respecto, v. SOLA RECHE, La llamada tentativa inidónea de delito, *pássim*; y más recientemente sobre la intranquilizadora falta de consenso terminológico, *el mismo*, Sobre el concepto de tentativa inidónea, en Homenaje al Prof. Valle Muñiz, en prensa. Con importantes sintonías, v. RIGHI, Homenaje a Jiménez de Asúa, pp. 215-27. Como opinión divergente acerca de la punibilidad de la tentativa no peligrosa, que a mi juicio constituye la construcción subjetivista más elaborada de los últimos tiempos —y que no acabo de compartir plenamente—, v. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de acción, *pássim*, y sobre todo, *el mismo*, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa, *pássim*; más resumidamente, pero aportando una concreta propuesta de regulación, como anexo, más que razonable, v. *el mismo*, Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal, *pássim*.

<sup>125</sup> En la doctrina española esta concepción viene siendo expresamente mantenida por CEREZO MIR en las diferentes ediciones de su Curso de Derecho Penal español; la formulación más reciente puede verse en PG II, pp. 154-5 con nota 132, y en Hirsch-FS, pp. 135-9. A mi juicio es la que mejor se corresponde con la definición, original y actual, de la categoría en la doctrina alemana. Y con ese sentido es con el que únicamente, en mi opinión, se puede mantener la coherencia entre la idea de que la tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa y la conclusión generalmente aceptada de que no cabe legítima defensa contra una tentativa inidónea; v. así, por ejemplo, JESCHECK/ WEIGEND, Allg. Teil, p. 338 con ulteriores referencias en nota 7; LENCKNER, en *Schönke/ Schröder*, (25ª ed.) 1997, § 32 marginal 12 con ulteriores referencias; ROXIN, Allg. Teil, pp. 550 y 554.