

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE ACCIÓN

(Un estudio a la luz de la concepción
significativa de la acción)

Carlos Martínez-Buján Pérez

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de A Coruña

Sumario: 1. Introducción: el problema político-criminal. 2. Caracterización de los elementos subjetivos del tipo de acción. A) Concepto y función: el significado de la *intención* y su relación con la *acción*. B) La constatación del elemento subjetivo. C) Ubicación sistemática y consecuencias. D) Criterios de identificación. Su delimitación del dolo y de los elementos subjetivos de la culpabilidad. E) El caso particular de la tentativa. ¿Existe un elemento subjetivo del tipo en la tentativa? F) Fundamento. 3. Seditos elementos subjetivos del tipo en la legislación penal española: indicaciones de política legislativa. A) Introducción. B) En los delitos de tendencia intensificada. a) El *animus iniuriandi*. b) El ánimo lascivo y el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual. c) El ánimo de defraudar. d) El ánimo de ultraje. e) Los motivos racistas, etc. C) En los delitos de intención. a) Elementos implícitos. b) Elementos cuya descripción va precedida de la preposición «en». c) Elementos subjetivos sustituibles por elementos objetivos. D) En los denominados delitos de expresión: el faltar a la verdad. 4. Dos casos peculiares. A) El conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad. B) El manifiesto desprecio por la vida de los demás.

1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA POLÍTICO- CRIMINAL

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los elementos subjetivos del tipo penal, usualmente conocidos en la doctrina y en la jurisprudencia como elementos subjetivos del «injusto» (o, en ocasiones, de la «antijuridicidad»)¹ desde que dichos elementos obtuvieron carta de naturaleza a raíz de las contribuciones dogmáticas de la doctrina alemana de principios del pasado siglo².

Aquí los denominaré elementos subjetivos del «tipo de acción» porque su análisis se efectuará a la luz de la concepción significativa de la acción (o del delito), elaborada por VIVES

ANTÓN³ para el ámbito del Derecho penal, que, en mi opinión, ofrece nuevas y clarificadoras perspectivas para la cabal comprensión de dichos elementos.

Para ello parto de una constatación evidente, a saber, la destacada importancia que poseen tales elementos subjetivos en la praxis jurisprudencial, a la que, según creo, no se ha prestado suficiente atención en la doctrina. Y es que, en efecto, son muchas las resoluciones jurisprudenciales en las que la absolución o el sobreseimiento de una conducta objetivamente típica se fundamentan (en no pocos casos de forma indebida) en la ausencia del correspondiente elemento subjetivo del tipo.

Vaya por delante el indudable reconocimiento de que en la legislación española (al igual que sucede en otras legislaciones extranjeras) pueden identificarse abundantes elementos de esta índole, caracterizados por tratarse de expresiones denotativas de un determinado ánimo o intención que ha de guiar la actuación del sujeto activo en el momento de realizar una conducta penalmente típica, como acontece —por poner un ejemplo paradigmático— con el ánimo de lucro en diversos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y en el delito de malversación de caudales públicos. Con todo, hay que reconocer asimismo que, al lado de expresiones inequívocamente reveladoras de elementos subjetivos como la acabada de señalar, existen otras (y no son pocas) que, pese a ser lingüísticamente equívocas, se interpretan habitualmente como elementos subjetivos, siendo así que en ocasiones un análisis del significado del tipo de que se trate nos demuestra, empero, que tales expresiones deben ser concebidas como elementos objetivos, como sucede, por poner otro ejemplo paradigmático, con la locución «en perjuicio» contenida en algunos tipos del CP español, locución que la doctrina mayoritaria interpreta como un elemento subjetivo del injusto, equivalente a «con ánimo de perjudicar»⁴.

Por otra parte, hay también (sobre todo en la praxis jurisprudencial) no pocos ejemplos de elementos subjetivos que, si bien no aparecen expresamente descritos en los tipos penales, se consideran tácitamente incluidos en ellos, como sucede señaladamente, p. ej., con el ánimo libidinoso o voluptuoso (o también el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual) en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el *animus iniuriandi* en los delitos contra el honor o el ánimo de engañar o de introducir el documento en el tráfico jurídico en los delitos de falsedad documental⁵. Y esta última observación reviste la mayor trascendencia práctica, habida cuenta de que aquí reside un aspecto fundamental del problema político-criminal que pretendo desentrañar. En efecto, en nuestro país ha podido apreciar-

se tradicionalmente una criticable tendencia jurisprudencial a recurrir al cómodo expediente de los elementos subjetivos (singularmente a los implícitos) de los tipos para absolver o sobreseer⁶, llegándose incluso hasta el extremo de identificar elementos subjetivos que expresaban incorrectamente la realidad psicológica, como acontece con el «ánimo de defraudar», que algunos autores y algunas sentencias han venido considerando como requisito típico del delito de defraudación tributaria⁷.

De este modo, aquello que debería ser resuelto en el plano de lo estrictamente objetivo-externo (sea con arreglo a los criterios de imputación objetiva del tipo de que se trate, sea en el ámbito la justificación o de la inexigibilidad) se resuelve de un plumazo a través de la declaración de la ausencia de un sedicente elemento subjetivo del injusto, que además, según la opinión dominante, reside exclusivamente en la mente del sujeto.

Ni que decir tiene que, por de pronto, semejante proceder conduce a un empobrecimiento (por no decir a una perversión) de la argumentación jurídica, dado que cuestiones verdaderamente complejas que requerirían un estudio pormenorizado, tanto desde el punto de vista de la interpretación lógico-sistemática como desde la interpretación teleológica, se resuelven valiéndose de una simplificación burda e inadmisibile. Paradójicamente, el esfuerzo de tantos años por elaborar una dogmática jurídico-penal tan rigurosa y de tanta riqueza argumentativa (con su corolario de seguridad jurídica) deviene completamente baldío y se revela como un instrumento inútil, porque aquellas cuestiones complejas son despachadas por el órgano judicial correspondiente sin más razonamiento que el de no haber podido acreditar un pretendido elemento subjetivo del tipo. Una acreditación que, por lo demás, habría sido ciertamente difícil (por no decir imposible), sobre todo si se parte de la (equivocada) premisa metodológica de concebir la mente como sustancia y de que, consiguientemente, dicho elemento subjetivo es un *objeto* que reside en algún lugar opaco de la mente del autor, con lo que probar su presencia es ta-

rea condenada al fracaso. En este sentido, hay que lamentar que en la inmensa mayoría de los casos el juez o el fiscal ni siquiera se tomen la molestia de argumentar mínimamente por qué llegan a la conclusión de que tal elemento subjetivo no existe y no se preocupen de señalar algún criterio externo a través del cual pudiesen lograr esa convicción; con todo, no sabemos qué será peor, puesto que, cuando el juez o el fiscal se han esforzado por apuntar criterios reveladores de la ausencia del elemento subjetivo, han llegado en ocasiones a valerse de razonamientos verdaderamente extravagantes. Sirva de ejemplo, harto ilustrativo, el razonamiento del teniente fiscal del TS en el conocido caso de la acusación de malversación de caudales públicos dirigida al que fue presidente del CGPJ, Carlos Dívar: en su Decreto de 21-5-2012 el fiscal archiva las Diligencias informativas 6/2012, al no apreciar ánimo de lucro en la realización de los viajes particulares cargados a las arcas públicas, aduciendo, por todo argumento, que Dívar había pagado de su bolsillo otros viajes (que por cierto fueron pocos y posteriores a la presentación de la denuncia). Aquí la decisión es tan sorprendente que uno no puede dejar de quedar sumido en la más profunda perplejidad.

Así las cosas, en las páginas que siguen me propongo acometer el estudio de los elementos subjetivos del tipo de acción con una doble finalidad. De un lado, desde una perspectiva de *lege lata*, trataré de desentrañar cuáles son los tipos penales que requieren auténticos elementos subjetivos y cuáles son aquellos otros en los que tales elementos no existen, bien porque se trate en realidad de elementos objetivos del tipo, bien porque se identifican con el dolo o bien porque pertenecen al ámbito de la justificación o de la culpabilidad. Por otro lado, desde una perspectiva de *lege ferenda*, examinaré la posibilidad de que algunos de los elementos subjetivos realmente existentes en la actualidad pudiesen ser convertidos en elementos objetivos o sencillamente suprimidos, puesto que, como ya expresó en su momento BETTIOL, el empleo de elementos subjetivos concede una indeseable elasticidad al tipo⁸,

por lo que su utilización no debería proliferar en la medida en que otorga una discrecionalidad al juzgador que compromete el criterio de taxatividad que inspira el principio de legalidad en materia penal⁹.

En fin, para el análisis de ambas cuestiones partiré de las premisas metodológicas de la concepción significativa de la acción que —según se indicó más arriba— permite ofrecer una perspectiva novedosa de análisis y, según creo, fructífera, no sólo para una adecuada caracterización conceptual de los elementos subjetivos del tipo de acción sino también para una comprensión de su función en la teoría jurídica del delito, aspectos que han sido objeto de controversia en la doctrina desde el momento en que en la comprensión de tales elementos subjetivos confluyen, obviamente, no sólo la concepción que se mantenga sobre el Derecho sino también la que, en concreto, se sustente sobre la acción y la culpabilidad¹⁰.

2. CARACTERIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE ACCIÓN

A) CONCEPTO Y FUNCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA INTENCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA ACCIÓN

Para estar en condiciones de comprender el concepto y la función que cumplen estos elementos subjetivos hay que desentrañar ante todo cuál es el significado de la *intención* y cuál es su relación con la *acción* en el marco de la concepción significativa de la acción.

A tal efecto, hay que partir de la premisa de que la atribución de intenciones a una persona (o, en su caso, la calificación de su conducta como no intencional) no desempeña necesariamente una función en la delimitación conceptual de la acción. Es más, en la mayoría de las ocasiones con dicha atribución lo que se consigue es simplemente determinar si el autor de una acción es responsable de lo que hizo y en qué medida lo es. Así, cabría afirmar, pues, que, en principio, esta intención que califica-

mos de *subjetiva* (desde el momento en que consiste en la atribución concreta de intenciones a un sujeto) cumple la función *sustantiva* de posibilitar el enjuiciamiento de la conducta realizada por el sujeto, pero no cumple un papel conceptual en la definición de la acción¹¹. Ciertamente, la intención subjetiva debe ser un *prius* lógico con relación a las convenciones que determinan el significado, porque sin intenciones subjetivas no puede haber convenciones ni, por tanto, significado, pero, una vez que se ha establecido la convención, el significado surge con independencia de la intención subjetiva (como cuando se dice una palabra por otra). En suma, la intencionalidad de las acciones —al igual que la de las palabras— es contextual, social e histórica: presupone la intención subjetiva (esto es, la posibilidad de atribución de intenciones al sujeto) pero no se atiende a sus contenidos¹².

La intención subjetiva no tiene por qué cumplir esa función conceptual porque la acción, en cuanto significado atribuido socialmente (o jurídicamente) a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos, tiende a *objetivarse*, esto es, a definirse con independencia de la intención subjetiva, del mismo modo que las palabras tienen un significado objetivo que no depende necesariamente de la intención con que fueron pronunciadas¹³.

De lo expuesto se infiere entonces que la intención subjetiva no pertenece necesariamente al tipo de acción, concebido como categoría básica del sistema penal (y regido por la pretensión de relevancia), en la medida en que dicha intención no cumple necesariamente una *función definitoria* de la clase de acción de que se trate, puesto que hay clases de acciones (como, por ejemplo, matar o lesionar) que pueden ser llevadas a cabo con intención o sin ella¹⁴. Y de ahí se desprende, por consiguiente, que el dolo y la imprudencia, concebidos como formas de ilicitud, no pueden ser incluidos en el tipo de acción como la vertiente subjetiva de éste (o sea, como *tipo subjetivo*, en la terminología de la opinión mayoritaria), sino que se integran en una categoría diferente (la antijuridicidad formal o ilicitud), regida por una pretensión

de validez de la norma penal también distinta (la pretensión de ilicitud)¹⁵.

Ahora bien, lo que se acaba de exponer no es óbice para reconocer que el tipo de acción pueda llegar a integrarse con momentos subjetivos: en efecto, existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con tales momentos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin ellos¹⁶.

Sirva de ejemplo paradigmático en nuestro CP, de nuevo, el ánimo de lucro (o el ánimo de apropiación antijurídica en el StGB alemán) en el delito de hurto (art. 234), dado que en este delito la acción penalmente relevante no puede ser *definida* (en el sentido de la pretensión conceptual de relevancia fijada por VIVES) sin tomar en consideración dicho momento subjetivo: si en la realización de la conducta de tomar una cosa mueble ajena intencionalmente falta dicho ánimo, no existirá el tipo del hurto y la conducta quedará penalmente impune, a no ser que se cumplan los presupuestos típicos de otro delito, como, singularmente, el de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP (en el que la acción debe ir encaminada a «realizar un derecho propio» y debe mediar violencia, intimidación o fuerza en las cosas), o el delito de hurto de uso de vehículos de motor del art. 244 CP (en el que la acción consiste en una utilización temporal de la cosa); de no ser así, la conducta constituirá un ilícito civil o un hecho plenamente lícito¹⁷. Con todo, con relación al ánimo de lucro conviene aclarar aquí que comparto la idea de que, si se entiende simplemente como la finalidad de obtener una ventaja patrimonial de cualquier clase, no se puede distinguir un delito de apoderamiento de un delito en el que se castiga el mero uso de la cosa (como sucede con el delito del art. 244 CP). De ahí que en los delitos de apoderamiento el ánimo de lucro deba ser concebido como ánimo de apropiación de la cosa (como sucede en el StGB alemán), lo que supone, por ende, calificar el delito de hurto como un delito de intención y no de tendencia intensificada¹⁸.

Finalmente, interesa dejar constancia de la coincidencia que en este punto se produce con

la posición de algunos penalistas que han acogido la llamada doctrina social de la acción. En particular, muy ilustrativa al respecto en nuestro país es la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, al estudiar los elementos subjetivos del injusto, escribía ya hace más de treinta años que la doctrina social de la acción reconoce que a veces el sentido social del comportamiento depende de la finalidad, en cuyo caso es claro que dicha finalidad ha de pertenecer al tipo de injusto, sin que, por lo demás, deba confundirse con el dolo, pues el dolo presupone el conocimiento y aceptación de otras características típicas¹⁹. También cabría mencionar aquí la posterior opinión de GÓMEZ BENÍTEZ quien, tras afirmar que los elementos subjetivos son elementos de la tipicidad (y no de la culpabilidad), argüía que las razones de dicha afirmación podían resumirse en una: el significado jurídico-penal de la acción no se descubre sin la concurrencia de esos elementos subjetivos²⁰.

B) LA CONSTATAción DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Una vez expuestos el concepto de elementos subjetivos y la función que estos cumplen en el seno del tipo de acción, es preciso aclarar seguidamente una cuestión que resulta trascendental desde la perspectiva de la concepción significativa, a saber: cómo podemos constatar la presencia de un elemento anímico que se sitúa en la mente de otra persona.

La cuestión ostenta la máxima relevancia porque desde la óptica aquí asumida hay que descartar que dicho ánimo (al igual que cualquier elemento subjetivo) resida «en el fondo del alma, en el que hay que bucear hasta encontrar los episodios mentales que la sustentan»²¹. Lo que propone la concepción significativa es justamente un cambio de método: al igual que acontece con el significado de las palabras, el de las acciones no depende de objetos en la mente —acerca de los que nada podemos saber— sino de *prácticas* sociales; dicho de otro modo, el significado social —*objetivado* en reglas y prácticas— es el que da sentido

a las acciones. Y, consecuentemente, también las intenciones subjetivas han de determinarse, no por una tercera entidad presupuesta e incognoscible —el estado mental—, sino por la acción externa, a la que las diversas *actitudes intencionales* se hallan conectadas *lógicamente*: es en la *acción externa* (y no en la comparación de esa acción externa con un hipotético acontecimiento interno) donde se muestra la intención²².

Al igual que sucede con el dolo, los aludidos elementos subjetivos de la acción (que son estados y procesos mentales) no pueden ser equiparados a los estados y procesos físicos, dado que, al tratarse de estados y procesos que se hallan situados en la mente de otra persona²³, únicamente se podrán verificar por *observación* sus *manifestaciones externas*²⁴. De ahí que tales elementos subjetivos deban ser configurados y entendidos no como procesos internos semejantes a los físicos —como cosas que ocurren en el fondo del alma—, sino como momentos de la acción, o sea, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es —ni puede ser— secreto²⁵.

En suma, hacen falta criterios externos para determinar cuándo concurre un elemento subjetivo. Ahora bien, es menester aclarar aún que no se trata de criterios externos a partir de los cuales pueda inducirse la existencia o inexistencia de determinados procesos internos, puesto que «tal dicotomía no existe»²⁶. En otras palabras, tales criterios son «constitutivos»²⁷, porque, como decía WITTGENSTEIN, lo interno es una ilusión, o sea, un simple «telón pintado que se levanta delante del escenario del uso efectivo de la palabra»²⁸.

Ni que decir tiene que configurar de la manera apuntada los elementos subjetivos posee una capital importancia, tanto desde la perspectiva de las garantías del Derecho penal material (porque el margen de apreciación que resulta de la imposibilidad de una comprobación directa —si se entienden los elementos subjetivos según la concepción clásica, como objetos de la mente— es intolerable)²⁹ como desde el prisma de las del proceso penal, parti-

cularmente en lo concerniente a la presunción de inocencia³⁰.

Por lo demás, cabe anticipar aquí —sin perjuicio de lo que se expondrá después— que el cambio de paradigma que propone la concepción significativa ofrece también una nueva perspectiva en el plano de *lege ferenda* de cara a la descripción de algunos elementos subjetivos del tipo. Y es que, dado que los criterios externos para constatar los elementos subjetivos son en realidad criterios «constitutivos» de éstos, el legislador debería plasmar en el tipo justamente esos criterios externos que en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia reconocen ya como reveladores de determinados elementos subjetivos, siempre, claro es, que la técnica gramatical de tipificación lo permita, porque es evidente que en algunos casos una correcta técnica de tipificación no permite la sustitución del elemento subjetivo por criterios externos, como, p. ej., sucede con el ánimo de apropiación definitiva de la cosa en los delitos de apoderamiento, porque la casuística sería inabarcable y sería impensable poder identificar los criterios que servirían para identificar tal ánimo.

Con esta propuesta no me estoy refiriendo a la posibilidad de convertir un elemento subjetivo en otro diferente configurado en clave objetiva (que ciertamente también puede ser una vía utilizable en determinados casos), como cuando, por ejemplo, sea factible sustituir un elemento anímico por la idoneidad objetiva de la acción para causar un determinado resultado, dando lugar así a un delito de peligro de aptitud para la producción de un daño³¹. Evidentemente, son dos cosas diferentes: una es que se exija que con la realización de su conducta el sujeto persiga una determinada finalidad y otra distinta que se requiera que dicha conducta sea ya objetivamente idónea para causar un determinado resultado dañoso. En suma no se trata de una sustitución en la *técnica* de tipificación, que convertiría en elemento objetivo lo que antes era un elemento anímico (porque esto supondría añadir a la conducta base un ulterior factor objetivo de restricción, señaladamente a través de un elemento de ap-

titud para la producción de un daño) sino de plasmar el elemento subjetivo en criterios externos o, cuando menos, recoger a título ejemplificativo los criterios más significativos. Uno de los casos más característicos podría ser el de la posesión de drogas con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de tales sustancias en otras personas (art. 368 CP)³², en el que, como de hecho viene reconociendo la jurisprudencia en la práctica, el delito queda acreditado si se constatan datos externos que permitan deducir que el sujeto va a destinar al posterior tráfico la droga poseída³³.

Finalmente, conviene advertir de que en lo que atañe a este debatido problema de la constatación de los elementos subjetivos del delito, VIVES adopta una decidida postura a favor de la «normativización», sobre la base de una reorientación de lo subjetivo anclada en las premisas de su concepción de la acción: la verificación de los elementos subjetivos se llevará entonces a cabo con arreglo a las competencias del autor y las características públicas de su acción, y no en función de la imposible acreditación de las «representaciones, creencias o voliciones acaecidas en algún opaco lugar de su mente»³⁴.

De este modo, aquí se rechaza la configuración de los elementos subjetivos del tipo (al igual que la del dolo) como un *proceso psicológico*, en el sentido propuesto por la denominada concepción psicológica, tradicionalmente dominante en la doctrina penal, según la cual el conocimiento en que se basa el elemento subjetivo se proyecta sobre una realidad acaecida en el pasado, con respecto a la cual hay que averiguar determinados fenómenos psicológicos que existían en la mente del sujeto en el momento en que realizó el hecho³⁵.

Ello no obstante, merece ser destacado el esfuerzo de un moderno sector doctrinal que trata de ofrecer un programa de investigación para la prueba de los elementos subjetivos del delito que permita superar las deficiencias que se observan en los tradicionales modelos probatorios de base psicológica, esto es, el denominado *modelo psicologista puro* (que nunca

se ha aplicado realmente) y el *modelo psicologista vulgar* (que se considera carente de dosis mínimas de racionalidad y, por ello, insatisfactorio en términos de garantías)³⁶.

Con todo, ante estas observaciones, conviene aclarar que, con la reorientación del problema de lo subjetivo que preconiza, VIVES no rechaza en modo alguno la importancia de la pericia psicológica para la constatación de los elementos subjetivos; simplemente niega que esa pericia sea del mismo género que el saber del físico, del biólogo o del neurofisiólogo³⁷. De hecho, en referencia a la caracterización del dolo que se deriva de la concepción significativa, PÉREZ MANZANO escribe —de forma clarificadora— que esta tesis puede ser compartida si se interpreta «en el sentido de que el *dolo no es una realidad natural*, por lo que su concurrencia no puede decidirse en el proceso penal mediante *una única* operación de determinación fáctica de la realidad natural psicológica del sujeto que realizó el hecho, una única operación de prueba realizada mediante inferencias inductivas a partir de hechos objetivos», puesto que «más allá de lo fáctico y de su determinación procesal como objeto de prueba, *el dolo es una realidad normativa, que no existe en el mundo de la naturaleza*; su existencia aparece con el proceso jurídico de enjuiciamiento de un hecho y se construye jurídicamente a partir de los fines del Derecho penal». Ahora bien, en opinión de esta penalista, lo anterior no comporta tener que negar la existencia de los hechos psicológicos internos como realidades naturales y como derivación de ellas: por tanto, «de la afirmación de que el dolo no es una realidad psicológica no puede extraerse la consecuencia de que la realidad psicológica carezca de toda relevancia en la conformación del dolo como realidad normativa»³⁸.

C) UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSECUENCIAS

De lo que hasta aquí se lleva dicho se desprende que si un tipo penal requiere un elemento subjetivo como un criterio conceptual

más para valorar la acción (o sea, cumpliendo un papel definitorio de un determinado tipo), este elemento queda integrado indudablemente como una parte más del tipo de acción y su ausencia determina ya la falta de *relevancia* de la conducta, esto es, afecta a la primera pretensión de validez de la norma penal. Dicho de modo más preciso, el referido elemento se viene a añadir a los restantes elementos del tipo que integran el comúnmente denominado *desvalor objetivo de la conducta* (modo de comisión del comportamiento, elementos personales del autor, peligrosidad *ex ante* de la acción y relación de causalidad entre acción y resultado en los delitos de resultado material) para conformar la primera de las dos subcategorías del tipo de acción, esto es, la *tipicidad*, que contiene exclusivamente la vertiente *fáctica*, puesto que la dimensión valorativa viene dada por la ofensividad (o antijuridicidad material), corolario de la llamada *pretensión de ofensividad*, que acompaña inevitablemente ya a la pretensión de relevancia, en la medida en que únicamente son relevantes para el Derecho penal aquellas acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos.

Por tanto, si en la realización de una conducta no concurre el *elemento subjetivo* que exige conceptualmente un tipo de acción, el hecho llevado a cabo no solo carecerá de relevancia penal para el autor desde la perspectiva de ese tipo, sino también para los restantes intervinientes³⁹, habida cuenta de que, al no existir el tipo de acción, no concurre ya tampoco la infracción de una norma emitida en condiciones ideales, que sirva como regla con un alcance intersubjetivo de cara a terceros. En cambio, si concurre el necesario elemento subjetivo y, consiguientemente, se realiza un tipo de acción, existirá ya una norma que sirve de base para regular la intervención de terceras personas aun cuando el autor no hubiese infringido su norma personal de conducta. Téngase en cuenta al respecto que, en el marco de la concepción significativa, el presupuesto que sirve de referencia para el castigo de la participación y para las actuaciones defensivas de terceros es —a mi juicio— la realización por parte

del autor de un hecho que encaje en un tipo de acción objetivamente relevante y ofensivo para un bien jurídico-penal, sin que se exija además que ese hecho sea ilícito (o *antijurídico*), esto es, no se requiere como presupuesto que el autor haya infringido su norma de conducta, por haber obrado con dolo o imprudencia⁴⁰.

Así las cosas, desde la perspectiva de la concepción significativa no es correcto afirmar — como se hace usualmente en la doctrina — que existe un *tipo subjetivo* «que se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo», y menos aún se puede sostener que «sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten formas diversas»⁴¹. Frente a ello, es obvio que, de acuerdo con las premisas que aquí se acogen, allí donde un tipo de acción exija la constatación de un elemento subjetivo éste será siempre un *prius* lógico y sistemático⁴² con respecto al dolo y a la imprudencia, por la sencilla razón de que, al ser un elemento constitutivo del tipo de acción, si dicho elemento subjetivo no concurre carece ya de todo sentido entrar a dilucidar si el sujeto ha infringido su norma de conducta; y, viceversa, únicamente cuando (además de los elementos objetivos del tipo de acción) se ha acreditado la presencia del elemento subjetivo posee sentido pasar a analizar si el sujeto (trátese del autor, trátese del partícipe) ha llevado a cabo una conducta *ilícita*, por haber actuado con dolo o imprudencia.

Con respecto a esto último conviene aclarar que, pese a que algunos penalistas siguen escribiendo que «la afirmación de que se da un elemento subjetivo del injusto presupone que el comportamiento es doloso»⁴³, lo cierto es que, tanto en referencia al CP anterior como al vigente, puede realizarse un tipo por imprudencia a pesar de existir un elemento subjetivo en el tipo. En el sistema del CP de 1944, de cláusulas generales de imprudencia, resultaba perfectamente posible que concurriese en un tipo penal un ánimo específico no unido necesariamente al dolo y, al propio tiempo,

un error vencible (en la imprudencia inconsciente) o la no aceptación respecto de algún elemento objetivo del tipo (en la imprudencia consciente), y que, por tanto, se admitiese la comisión imprudente⁴⁴. Por su parte, en el CP vigente (con el sistema de *numerus clausus*) la cuestión ya viene resuelta por la propia ley, que, si lo cree conveniente, puede tipificar expresamente la modalidad imprudente de algún tipo pese a que contenga algún elemento subjetivo del injusto, como sucede, p. ej., en el art. 159-2 en relación con el art. 159-1, que exige obrar con finalidad no terapéutica⁴⁵, o en el art. 367 en relación con el art. 362-2º, que requiere en el autor el ánimo de expender o de utilizar los medicamentos y exige un peligro concreto para la vida o la salud de las personas, sobre el que el autor puede incurrir en un error vencible⁴⁶.

Eso sí, el hecho de que un elemento subjetivo pertenezca al tipo de acción no implica obviamente que el dolo del autor deba abarcar también el conocimiento de dicho elemento del mismo modo que abarca el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, ni, por supuesto implica que el elemento volitivo del dolo se proyecte sobre el elemento subjetivo.

Si nos situamos al margen de la concepción significativa de la acción, la opinión dominante ya viene entendiendo desde antiguo que sólo pueden ser objeto del dolo típico las circunstancias que pertenecen al denominado tipo objetivo, y no pueden serlo, por tanto, las circunstancias subjetivas del hecho, puesto que si admitiésemos que el conocer y el querer del dolo pueden proyectarse sobre un elemento anímico, estaríamos aceptando el absurdo de que se puede conocer y querer la intención, un absurdo denunciado ya por HEGLER, 1930, cuando criticaba la posición de FRANK y de MEZGER de asignar los elementos subjetivos, además de al injusto, a la culpabilidad⁴⁷. Y en la actualidad, si dejamos al margen la doctrina italiana⁴⁸, tanto en la doctrina alemana⁴⁹ como en la española⁵⁰ reina acuerdo a la hora de entender que, dado que el objeto del dolo debe circunscribirse a los hechos externos, que se hallan fuera del sujeto, carece de sentido que

el dolo del agente se proyecte sobre él mismo o sobre elementos anímicos que ya residen en su mente.

Por mi parte, debo añadir la matización de que, si se asumen los postulados de la concepción significativa, cabe decir de entrada que lo que no resulta externo al agente ni puede ser «conocido», en los términos en los que son conocidos los hechos externos, ni puede ser «querido». Según expuse anteriormente, en los elementos subjetivos del tipo de acción sucede lo mismo que con el dolo: sobre ellos no cabe el «conocimiento» en sentido propio, sino la consciencia, es decir, los procesos internos o mentales propios se sienten o, como decía WITTGENSTEIN, «se viven»⁵¹. De ahí que merezca la pena detenerse en la explicación que ofrecen penalistas como ROXIN, quien, valiéndose del ejemplo del ánimo o intención de apropiación antijurídica en el hurto, afirma que este elemento subjetivo no puede ser «razonablemente objeto del dolo», porque «el legislador no exige para la punición del hurto el dolo de tener ánimo o intención de apropiación, sino únicamente este mismo ánimo o intención», y además, haciéndose eco de opiniones como la de ENGISCH («se puede ser consciente también de circunstancias y procesos internos y acogerlos en la voluntad») agrega ROXIN que, si bien esta opinión puede ser «correcta», «de ahí no se deriva que el legislador lo exija (scil., el ánimo o la intención)»⁵². Sin embargo, ante el razonamiento de ROXIN cabe responder que la imposibilidad de que el dolo se proyecte sobre el elemento subjetivo del tipo no se deriva solo del dato de que el legislador no lo haya exigido así (algo que, por cierto, en el CP español no se contiene expresamente en su articulado y hay que inferirlo de la regulación del error en el art. 14) sino de que ello no resulta ya *gramaticalmente* posible.

En suma, aunque el dolo y los elementos subjetivos del tipo de acción se incardinan en niveles sistemáticos diferentes, su constatación se lleva a cabo con arreglo al mismo proceder, en tanto en cuanto en ambos casos se trata de elementos anímicos: el intérprete debe identificar cuáles son las reglas o criterios externos

que permitan atribuir una determinada intención al sujeto. La única diferencia reside en que los criterios externos que posibilitan descubrir un elemento subjetivo del tipo serán diferentes de los que permiten acreditar el dolo, puesto que dicho elemento subjetivo se proyectará sobre un objeto (una realidad externa) diferente a aquel al que va referido el dolo: así, p. ej., en el delito de hurto el intérprete habrá de demostrar, de un lado, que el agente actuaba movido por un ánimo de lucro (o de apropiación definitiva de la cosa) y, de otro lado, que sabía que la cosa mueble era ajena y que, pese a ello, la tomaba sin la voluntad de su dueño. Los criterios externos que servirán para obtener la convicción de que el agente sabía que la cosa era ajena y que la tomaba sin la voluntad del dueño no sirven para averiguar si la apropiación era definitiva o era provisional o, aun el caso de que fuese definitiva, si se llevó a cabo para realizar un derecho propio.

Eso sí, nada se opone a que el dolo del agente abarque elementos subjetivos pertenecientes a otra persona (o, mejor dicho, las *manifestaciones externas* de tales elementos), como, p. ej., el error del sujeto engañado en la estafa⁵³, ni, por supuesto, nada se opone a que el partícipe pueda incurrir en un error acerca de la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo en el autor⁵⁴, en la medida en que el partícipe debe conocer todos los elementos del tipo que otorgan relevancia penal a la conducta del autor, y, entre ellos, se cuenta indudablemente el elemento subjetivo cuando el tipo de que se trate así lo requiera.

De lo anterior se deduce que sobre los elementos subjetivos del tipo de acción no cabe imaginar ya conceptualmente un error por parte del autor de la conducta⁵⁵. Y ello se ve confirmado en el CP español, que en su art. 14 indica que el error debe recaer sobre un «hecho», lo cual excluye obviamente los elementos subjetivos o anímicos.

De ahí que esta opinión se sostenga asimismo al margen de la concepción significativa. Así, en la doctrina alemana dominante se diferencia entre «tipo legal» o «tipo a efectos del error» en el sentido del § 16 I StGB, que

únicamente comprende los hechos y no los elementos anímicos, y «tipo sistemático», que incluye los elementos subjetivos⁵⁶, diferenciación que, obviamente, viene impuesta ya por la idea de incluir el dolo dentro del propio tipo como parte subjetiva⁵⁷.

D) CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN. SU DELIMITACIÓN DEL DOLO Y DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CULPABILIDAD

En el seno de la concepción significativa, la circunstancia de que los elementos subjetivos del tipo de acción y el dolo cumplan funciones distintas y pertenezcan a niveles sistemáticos diferentes obliga, ante todo, a perfilar nítidamente el concepto de aquéllos, de manera que puedan ser distinguidos del dolo y, en su caso, de otros elementos subjetivos (si es que existen) que no pertenecen al tipo de acción ni a la ilicitud, sino a la culpabilidad. Precisamente, este es uno de los aspectos que ofrece mayor confusión en la doctrina y la jurisprudencia, dado que existe una gran inseguridad a la hora de caracterizar muchos de estos elementos y de adscribirlos a una u otra categoría sistemática del delito, una confusión que se acrecienta en la medida en que no existe unanimidad a la hora de caracterizar el dolo, que unos ven como un elemento de la culpabilidad y otros como la vertiente subjetiva del tipo, mientras que aquí se acoge una posición diferente.

Si, de nuevo, dejamos al margen la posición de la doctrina italiana dominante⁵⁸, en la doctrina alemana actual está muy extendida la idea de que el principal problema conceptual consiste en delimitar los elementos subjetivos del tipo de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad⁵⁹, mientras que en la doctrina española semejante delimitación no ha hallado mucho eco⁶⁰, y cuando lo ha tenido ha sido fundamentalmente para poner en tela de juicio (en mi opinión, con razón) la existencia de tales elementos subjetivos de la culpabilidad⁶¹, cuando menos en el sentido y con la amplitud otorgados por la doctrina alemana.

El interés mostrado desde antiguo por la doctrina alemana hacia los especiales elementos subjetivos de la culpabilidad se asienta en la existencia de elementos como la «codicia» o «cualquier otro móvil abyecto» en el delito de asesinato del § 211 StGB, que mayoritariamente se han venido considerando como elementos de la culpabilidad, y no como elementos subjetivos del injusto. Elementos como los apuntados plantearon la necesidad de fijar la diferencia conceptual entre elementos pertenecientes al injusto y elementos pertenecientes a la culpabilidad, una diferencia que la opinión dominante sitúa en la idea rectora de que los elementos pertenecientes al injusto se caracterizan por su referencia al tipo delictivo, sea porque se vinculan al bien jurídico, sea porque afectan al objeto de la acción, sea, en fin, porque tienen relación con el desvalor de acción; en cambio, cuando el elemento en cuestión no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general) se trata de elementos de la culpabilidad⁶². Así, dicha idea rectora serviría para reconducir un determinado elemento al injusto o a la culpabilidad, como, p. ej., sucede con el «ánimo de enriquecimiento», que en el delito del § 263 StGB sería un elemento del tipo, y, en cambio, en el delito del § 211 sería un elemento de la culpabilidad (Rn. 74), del mismo modo que lo es el elemento de la «codicia» (u otro «móvil abyecto»), habida cuenta de que el deseo de ganancia del autor es independiente del bien jurídico y tampoco caracteriza una forma específica de ataque ni aporta nada en otros aspectos de la caracterización del tipo delictivo⁶³.

Dentro de los especiales elementos de la culpabilidad (o al menos vinculados a ellos) particular mención han merecido los denominados elementos de la actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*)⁶⁴, que describen una disposición interna censurable del sujeto al realizar una conducta típica claramente perfilada en su aspecto externo, como, p. ej., sucede con las expresiones «maliciosamente» o «desconsideradamente», de las cuales el legislador hace

depender la punibilidad⁶⁵. Por otra parte, al lado de estos elementos de la actitud interna (que acostumbran a denominarse «propios») se sitúan otros que se califican de «impropios», porque pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad, como sucede señaladamente con el elemento «cruelmente» en el delito de asesinato (§ 211 StGB), que es interpretado por la jurisprudencia como la «causación de especiales dolores o torturas a la víctima por una actitud inmisericorde y sin sentimientos»: la causación de dolores sería un elemento del injusto, porque afecta al modo de provocar la muerte, mientras que la «actitud inmisericorde» (que se añade como elemento autónomo, no necesariamente unido a la causación del dolor) sería un componente de la culpabilidad⁶⁶. Con todo, no han faltado autores que, como WELZEL, han incluido como una de las clases de elementos subjetivos del injusto los elementos que él denominó «momentos especiales de la actitud interna» (*die besondere Gesinnungsmomente*), que van más allá del concepto «relativamente burdo» del dolo y que caracterizan o fundamentan el contenido específico de desvalor ético-social del hecho, correspondiendo, por tanto, al injusto⁶⁷.

Sin embargo, en la doctrina española se ha venido interpretando habitualmente que la mayoría de los elementos que en el seno del CP español pudiesen ser *mutatis mutandis* equivalentes a los ejemplos propuestos por la doctrina alemana son ajenos a la culpabilidad, puesto que se trata de elementos subjetivos del injusto que agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (o, en ocasiones, el desvalor subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo penal. Así sucede, v. gr., con elementos tales como obrar con alevosía (art. 139-1^a), por precio, recompensa o promesa (art. 139-2^a) o con ensañamiento (art. 139-3^a) en el asesinato, o con el elemento «manifiesto desprecio por la vida de los demás» en el delito del art. 381-1.

Fiel exponente de esta caracterización es LUZÓN⁶⁸, quien, partiendo de la base de que la culpabilidad significa un filtro que, en función de la motivabilidad del sujeto por la

norma, permite excluir total o parcialmente la posibilidad de atribución individual al sujeto del hecho injusto con toda su gravedad objetiva o subjetiva (premisa que personalmente comparto), considera que tales elementos subjetivos o anímicos no tienen que ver con la culpabilidad, sino que co-fundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo; de ahí que, a su juicio, sean también elementos subjetivos del tipo o del injusto. Justo es reconocer, empero, que la inclusión de los elementos subjetivos del hecho que caracterizan la actitud interna del sujeto en el tipo de injusto fue propuesta ya primigeniamente en la doctrina española por MIR⁶⁹, quien en la actualidad sigue considerando que los elementos de la actitud interna quedan incluidos entre los delitos de tendencia intensificada⁷⁰. Y justo es reconocer también que, en una línea próxima, GÓMEZ BENÍTEZ puso de relieve que existían elementos que «aun siendo demostrativos de una especial actitud interna, influyen directamente en la naturaleza del injusto», como, v. gr., la alevosía, aunque después introducía la importante matización de que, en realidad, ningún elemento genérico de la actitud interna pertenece ni al tipo ni a la culpabilidad, puesto que «constituyen meros criterios para la concreta medición o aplicación de la pena» y por eso estaban sometidos a las reglas del antiguo art. 60 CP, y no a las reglas previstas para el error sobre el tipo⁷¹.

Por otra parte, al lado de los elementos citados, existen en el CP otros, como «a sabiendas», «maliciosamente», «intencionadamente», «de propósito», etc., que se han interpretado tradicionalmente en la doctrina española como una alusión al dolo o, en su caso, al dolo directo (sea al de primer grado se al de segundo grado)⁷².

Así las cosas, examinada la cuestión de los elementos especiales subjetivos de la culpabilidad, queda por analizar la distinción primordial, a saber, la diferencia entre los genuinos elementos subjetivos del tipo y el dolo.

En principio, cabría partir aquí también del criterio rector anteriormente apuntado a la hora de diferenciar entre elementos subjetivos del injusto y elementos subjetivos de la culpabilidad: su relación, o no, con el tipo de injusto.

En este sentido, en la doctrina española merece destacarse la opinión de COBO/VIVES, para quienes si los términos subjetivos «determinan la existencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o una mayor o menor lesión o puesta en peligro», se trataría de elementos subjetivos del injusto; «si, por el contrario, fundamentan tan sólo un aumento o una disminución de la reprochabilidad del hecho (...) serían referencias subjetivas incardinadas en la culpabilidad». Con todo, matizan que «la mayoría de las veces, aunque no siempre, el recurso a este criterio permitirá obtener una solución clara»⁷³.

Asimismo, para el sector minoritario de la doctrina italiana, que parte de la base de que el *dolo specifico* no es una forma de dolo, aquél se configura como un elemento subjetivo del tipo que otorga ofensividad a la conducta⁷⁴.

A mi juicio, a lo anteriormente expuesto cabría añadir ahora algo que también se suele aducir en la doctrina alemana, esto es, que esa relación con el tipo de injusto no implica que los elementos subjetivos del tipo se caractericen por pretender un resultado en el mundo exterior, excluyendo aquellos elementos que sean «puramente internos»⁷⁵. Asimismo, hay que compartir la idea de renunciar a buscar un criterio diferencial decisivo a partir de la concreta formulación lingüística del elemento en cuestión⁷⁶, que, como sabemos, es muy variada, tanto en el Derecho alemán como en el español: p. ej., ánimo, propósito, intención, con el fin de, para, etc. Eso sí, por mi parte simplemente matizaría que la formulación lingüística empleada sí podría servir para descartar que un determinado elemento sea entendido en un sentido subjetivo, que es lo que, a mi juicio, sucede con aquellos elementos que aparecen regidos por la preposición «en», según tendremos ocasión de analizar después.

Ahora bien, con la referencia al tipo de injusto no está dicho todo, puesto que se trata de un criterio impreciso que requiere una ulterior concreción. Y esa concreción debe venir dada por el dato de que el elemento subjetivo del tipo tiene que *añadir* algo a la conducta típica *objetivamente* descrita⁷⁷, un dato que fue apuntado ya, en la doctrina italiana, por FINZI y del que se ha hecho eco en la doctrina española GUARDIOLA, quien además introduce una trascendental matización desde la perspectiva de la concepción significativa: subraya que, ciertamente, el elemento subjetivo añade algo a los elementos *objetivos* del tipo, pero no se puede afirmar que añada algo a la *acción*, por la sencilla razón de que el elemento subjetivo *es* también, obviamente, parte integrante de la acción⁷⁸.

En suma, el elemento subjetivo del tipo otorga un *significado* distinto a la conducta objetiva realizada y la dota de relevancia penal, a diferencia de lo que sucede con los elementos subjetivos que se limitan a aludir al dolo, los cuales no agregan nada a la conducta objetiva llevada a cabo por el sujeto y, por tanto, no le proporcionan un nuevo significado a la acción objetivamente descrita.

Así, por ejemplo, en el caso de los delitos de violación de secretos el ánimo de descubrir un secreto viene a añadir al comportamiento objetivo de apoderamiento de documentos u otros objetos algo decisivo para la relevancia penal del tipo de los arts. 197 y 278 CP. Y lo mismo cabe predicar del ánimo de lucro (concebido como ánimo de apropiación definitiva) con respecto al comportamiento objetivo de «tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño» en el delito del art. 234 CP, sin el cual existiría un tipo diferente o no existiría tipo penal alguno⁷⁹.

En atención a ello, cabría anticipar aquí que, entre los diversos elementos subjetivos del tipo mencionados en la doctrina y la jurisprudencia, únicamente los elementos subjetivos que dan lugar a los denominados delitos de intención (así como los delitos con elementos de actitud interna en el sentido más arriba expuesto, cuando menos en lo que se refiere a

los elementos mixtos) se adaptarían cabalmente a la caracterización aquí apuntada⁸⁰, mientras que, por el contrario, quedarían fuera de esa caracterización las restantes clases, esto es, los delitos de tendencia interna intensificada y los delitos de expresión⁸¹, cuyos ejemplos más conspicuos, por cierto, se nutren de casos de elementos subjetivos que no aparecen expresamente descritos en los tipos sino que se deducen tácitamente por la doctrina o la jurisprudencia. De este modo, elementos como el *animus iniuriandi* o el ánimo libidinoso o de involucrar a otro en un contexto sexual no serían elementos subjetivos del tipo de acción, sino que forman parte del dolo.

Ello no obstante, hay que reconocer que de *lege lata* pueden identificarse algunos ejemplos de elementos subjetivos de esta índole que aparecen expresamente descritos en los tipos, como sucede con el «ánimo de ultraje» en el delito del art. 526. Ahora bien, según analizaré después, lo que hay que preguntarse ante casos como éste es si el elemento subjetivo viene a añadir algo al dolo y resulta imprescindible para otorgar relevancia penal a la conducta, interrogante que, a mi juicio, debe ser respondido negativamente.

Finalmente, conviene advertir de que, con todo, resultará imprescindible perfilar acabadamente los respectivos conceptos, así como efectuar un análisis caso por caso de cada elemento en cuestión, puesto que en ocasiones la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de incluir un determinado elemento subjetivo en una u otra categoría. Así, según se acaba de indicar, esta confusión se origina ya con uno de los elementos subjetivos más característicos de los que se contienen en el CP español, como es el «ánimo de lucro» en el delito de hurto del art. 234, elemento que para la opinión mayoritaria es uno de los más genuinos ejemplos de intención o tendencia interna trascendente⁸², mientras que para otros es el más clásico ejemplo de delitos de tendencia interna⁸³ y otros, en fin, ni siquiera lo mencionan en ninguna de las dos categorías⁸⁴. A mi juicio el hurto nos ofrece un ejemplo de delito de intención, pero a condición de que se interprete (como indi-

qué más arriba y como creo correcto) que en los delitos de apoderamiento el ánimo de lucro debe ser concebido como ánimo de apropiación de la cosa (como sucede en el StGB alemán); de lo contrario, podría entenderse, en efecto, que, como escribe GUARDIOLA, «lo más coherente ... es leer una tendencia intensificada»⁸⁵. Del mismo modo, así como la mayoría de la doctrina incluye el *animus iniuriandi* entre los delitos de tendencia intensificada, algunos autores⁸⁶ lo incluyen entre los delitos de intención.

E) EL CASO PARTICULAR DE LA TENTATIVA. ¿EXISTE UN ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EN LA TENTATIVA?

Bajo la influencia de la doctrina causalista se ha sostenido que en el tipo de la tentativa existe un elemento subjetivo del injusto⁸⁷, integrado por «la intención de consumir el hecho previsto por la ley como delito», según algunos⁸⁸, o, sencillamente, por una «resolución delictiva», según otros⁸⁹.

La necesidad de identificar semejante elemento subjetivo resulta obvia en el seno de la doctrina causalista, habida cuenta de su premisa de situar el dolo en la culpabilidad, fuera del tipo de injusto: si dicha intención es imprescindible para que la conducta externa adquiera el significado objetivo de tentativa contraria a Derecho, y esa intención no puede ser el dolo, entonces forzosamente tendrá que ser un especial elemento subjetivo del injusto.

Sin embargo, frente a esta solución opuso WELZEL su famoso argumento: si la voluntad de consumación pertenece sin duda al tipo de injusto de la tentativa, no podrá dejar de pertenecer al tipo por el hecho de que se alcance la consumación, pues ¿cómo explicar que el dolo pase o no del tipo a la culpabilidad por el hecho de que la bala dé o no en el blanco?⁹⁰.

De ahí que en la actualidad, abandonado el pensamiento causalista por parte de la doctrina dominante, se coincida mayoritariamente en afirmar que la voluntad de consumación forma parte del dolo de la tentativa y que, dado

que el dolo integra la vertiente subjetiva del tipo, la ausencia de la intención de consumar el hecho excluye ya el tipo, con lo que se llega a una conclusión dogmáticamente congruente con las premisas de las que se parte y político-criminalmente satisfactoria⁹¹.

Ahora bien, en el seno de la opinión dominante merece ser destacada la sugerente matización de MIR, quien, al analizar el tipo subjetivo de la tentativa, distingue entre la tentativa inacabada y la acabada. Con respecto a esta última, admite que el tipo subjetivo ha de ser ciertamente el mismo que en el delito consumado⁹². Sin embargo, en la tentativa inacabada el tipo subjetivo «debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y por un *elemento subjetivo del injusto* adicional que exige la *intención de completar* la ejecución», puesto que «en la tentativa inacabada la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución»⁹³.

Aunque esta opinión ha sido objeto de crítica⁹⁴, creo que, desde la óptica de la opinión dominante, la matización de MIR es correcta y que, además, sienta un punto de partida parcialmente coincidente con el que aquí se va a utilizar para caracterizar la vertiente subjetiva de la tentativa a la luz de la concepción significativa del delito⁹⁵. En efecto, una cosa es el dolo de la tentativa, que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar una parte de los actos ejecutivos, y otra cosa *diferente* es la intención de consumar el hecho típico (o de completar la ejecución). Y la matización de MIR cobra verdaderamente relevancia cuando la cuestión se aborda desde la perspectiva de la concepción significativa, en la que el dolo y el especial elemento subjetivo del tipo (integrado éste por la resolución de consumar el hecho típico) cumplen funciones distintas y se

incluyen en niveles sistemáticos diferentes de la teoría del delito: el primero, en la pretensión de relevancia y el segundo, en la pretensión de ilicitud. Desde la perspectiva de la concepción significativa las críticas dirigidas a la tesis de MIR pierden toda razón de ser.

Para entenderlo así hay que tener en cuenta que la resolución de consumar el hecho típico es ya imprescindible para la configuración del riesgo objetivamente relevante en la acción de tentativa. Y creo que a esta conclusión puede llegarse también a partir de otras concepciones del delito, al margen de la concepción significativa. Así se desprende, desde luego, de la opinión de SILVA⁹⁶, quien subraya que «existen elementos que, pese a ser tenidos normalmente en cuenta sólo a efectos de imputación subjetiva, poseen, por el significado *transcategorial* de la mayor parte de las connotaciones de la acción humana, también trascendencia en el plano objetivo» y añade que «por ejemplo, la existencia de una conducción final no es sólo un elemento de la imputación subjetiva, sino que también debe ser tenido en cuenta en la configuración del riesgo objetivamente relevante».

Si no existe dicha resolución no hay ya, por tanto, el principio de ejecución del delito por hechos exteriores que el art. 16 CP incluye en el concepto de tentativa, porque en los delitos intentados el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto haya sido encaminado por el autor a la lesión del bien jurídico. Es ya el propio concepto de ejecución típica el que exige la comprobación de la peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico⁹⁷.

Esta fundamentación sería suficiente ya para considerar que la ausencia de la resolución de consumar el hecho típico es un dato que debe ser examinado en la pretensión de ofensividad, puesto que excluye la dimensión valorativa del tipo de acción. Con todo, entiendo incluso que dicha ausencia hace ya conceptualmente irrelevante para el Derecho penal la conducta del autor, esto es, no existe ya el tipo de acción de la tentativa desde el punto de vista puramente definitorio (tipicidad en sentido estricto-

to), porque sin ese momento subjetivo (que es el que permite resolver la equívocidad de la conducta de tentativa)⁹⁸ no hay ya la clase de acción que interesa al Derecho penal.

En suma, sea como fuere, desde la perspectiva de la concepción significativa lo que resulta indudable es que si falta en el autor la resolución de consumir el hecho típico, queda excluida ya la antijuridicidad material, sin que tenga sentido, pues, esperar a comprobar la ausencia de la infracción de la norma personal de conducta (en el plano de la antijuridicidad formal o ilicitud). Por tanto, la comprobación del especial elemento subjetivo integrado por la referida resolución es previa, en un sentido lógico, a la constatación del dolo de realizar los actos ejecutivos exigidos en el tipo.

De ahí que convenga hacer hincapié en que el especial elemento subjetivo no consiste, en puridad, en una «resolución delictiva», sino en una resolución de consumir el hecho previsto por la ley como delito (que es, en rigor, una cosa diferente). Con ello pretendo subrayar que, en la medida en que se concibe como un elemento del tipo de acción (regido por la pretensión de relevancia), dicha resolución no prejuzga todavía el conocimiento y la voluntad propios del dolo, que pertenece a una pretensión de la norma lógicamente posterior y que podrá después quedar excluido si no se proyecta sobre los requisitos objetivos que conforman el principio de ejecución del hecho típico.

Así las cosas, la tesis aquí mantenida no coincide con la que, como señalé más arriba, sustentaban COBO/VIVES, desde el momento en que para estos el especial elemento subjetivo del injusto de la tentativa debía abarcar no solo la intención de consumir el delito, sino además los actos ejecutivos realizados. Tampoco coincide plenamente con la posición de MIR, puesto que, desde la perspectiva de la concepción significativa, el específico elemento subjetivo del tipo no es un elemento adicional al dolo, sino que es previo a éste.

Por otra parte, desde la perspectiva de la concepción significativa ello supone entonces que un principio de ejecución así configura-

do, con la exigencia del especial elemento subjetivo, es el que constituye el tipo de acción del delito intentado y el que sirve, pues, como regla intersubjetiva de cara a terceros, permitiendo la posibilidad de participación y de actuaciones defensivas de terceros.

Así, para poder castigar al partícipe se requerirá que el autor haya dado principio a la ejecución del delito (incluyendo la resolución de consumir el hecho típico). Y es que, si la regla intersubjetiva quedase restringida a la parte objetiva del tipo de acción de la tentativa, tal conclusión nos abocaría a una insatisfactoria consecuencia político-criminal: dado que, con arreglo a las premisas de la concepción significativa, el dolo no forma parte del tipo de acción (y, por tanto, no pertenece a la pretensión de relevancia, reveladora de la antijuridicidad material), sino que integra la pretensión de ilicitud (antijuridicidad formal), habría que admitir la existencia de un tipo de acción de tentativa penalmente relevante en quien realiza determinados actos objetivos externamente coincidentes con los de un tipo penal, pero que son realmente inocuos para un bien jurídico penal porque el autor obraba sin intención alguna de cometer un delito

En cambio, si tal resolución de consumir el hecho típico no concurre, el partícipe quedará impune por más que él hubiese obrado en la creencia de colaborar en una acción de tentativa. Por seguir operando con el relatado ejemplo de COBO/VIVES, si un sujeto que cree que otro se dispone a penetrar en una morada ajena para robar le ayuda para que trepe por la fachada de la casa, no responderá criminalmente si el trepador lo hacía por puro equilibrismo. Por más que podamos afirmar que el colaborador infringe su norma personal de conducta, no lleva a cabo actos de participación punible porque el autor no realiza el tipo de acción de la tentativa de allanamiento o del robo, un tipo de acción que, como queda dicho, debe incluir la resolución de consumir el hecho típico.

Finalmente, cuestión diferente es que se analice el elemento subjetivo propio de la tentativa en un delito que requiera, a su vez, un

especial elemento subjetivo del tipo, cuestión a la que no suele referirse habitualmente la doctrina, si bien no faltan penalistas que lo han hecho⁹⁹. En tal caso habría que distinguir teóricamente dos elementos subjetivos: el especial elemento subjetivo requerido en el tipo y el elemento perteneciente a toda tentativa, consistente en la intención de consumar el hecho típico.

Ahora bien, repárese en que en los delitos de intención lo que sucede es que la constatación del especial elemento subjetivo del tipo abarca ya el elemento subjetivo propio de la tentativa, puesto que, por definición, el objeto de aquel elemento subjetivo coincide con (o incluso va más allá de) la consumación del hecho típico. Así, v. gr., en el hurto el ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa) presupone ya la voluntad de disponer potencialmente de la cosa sustraída (momento consumativo).

Téngase en cuenta al respecto que los tipos de intención coinciden con los tipos de imperfecta realización en ser tipos *incongruentes* por exceso subjetivo, o sea, el autor quería llegar más lejos de lo que ha conseguido objetivamente¹⁰⁰. Con relación a ello ha matizado GUARDIOLA que en la tentativa «más que un supuesto de excedencia subjetiva, nos encontramos en un caso de falta objetiva»¹⁰¹; ello no obstante, aunque esta matización tenga sentido si se parte de la base (*objetiva*) de que el tipo de la tentativa va referido a un tipo penal completo (consumado) en el caso concreto, ello no desvirtúa la calificación de tipo incongruente por exceso subjetivo, en la medida en que aquí la incongruencia se observa desde la perspectiva (obviamente *subjetiva*) del autor. De hecho, desde esta segunda perspectiva es desde la que se puede afirmar asimismo que los tipos imprudentes suponen un exceso *objetivo*, dado que se produce un resultado no querido por el autor¹⁰².

F) FUNDAMENTO

En este apartado se examina la razón de ser de la incorporación de los elementos subjetivos

a los tipos penales. Aunque para referirse a ello podría hablarse al respecto también de «función» (o «funciones»), como hacen algunos penalistas¹⁰³, a mi juicio resulta preferible reservar este vocablo —según indiqué más arriba— para aludir a la misión que desempeña el elemento subjetivo en el seno del tipo de acción y, por añadidura, en el marco de la teoría jurídica del delito

A ello todavía cabría añadir que se ha venido aludiendo a la función en un tercer sentido, si bien este carece de relevancia a los efectos del presente trabajo. Me refiero al papel que desempeñan en relación con la *estructura* de los tipos: en efecto, desde esta perspectiva el elemento subjetivo puede servir para *constituir* el injusto de una determinada figura delictiva, de tal modo que su ausencia determinaría la inexistencia del delito, o bien puede servir para dar lugar a tipos *cualificados* o *privilegiados* a partir del delito base¹⁰⁴.

Por tanto, ahora no se trata ya de analizar la vertiente formal (valga la expresión) o estrictamente dogmática, sino la vertiente material, que es la que nos descubre cuáles son las razones que subyacen en la inclusión de un elemento anímico para definir una acción penalmente relevante.

Evidentemente, tal análisis estará condicionado por la caracterización que se efectúe de estos elementos, una caracterización sobre la que —como queda dicho— la concepción significativa de la acción ofrece nuevas perspectivas que inciden en su fundamentación: recuérdese que el elemento subjetivo se caracteriza por *añadir* algo (algo relacionado con la pretensión de relevancia, trátase de la pretensión puramente conceptual, vinculada a la descripción del tipo de acción, trátase de la pretensión de ofensividad, vinculada a la dimensión valorativa del tipo de acción) a la conducta típica *objetivamente* descrita, de tal forma que le confiere un *significado* distinto; el elemento subjetivo hace surgir así una nueva *acción*, con una relevancia penal específica diferente de la que poseería la acción integrada sólo por los términos típicos objetivos, de tal manera que sin el elemento subjetivo la conducta sería ya

irrelevante para el Derecho penal o integraría un tipo penal diferente.

Así las cosas, de nuevo, cabe diferenciar un doble plano en nuestra indagación: de un lado, de *lege lata*, hay que examinar cuál es el fundamento de aquellos elementos subjetivos que el legislador ha incluido inequívocamente en los tipos penales; de otro lado, de *lege ferenda*, habrá que dilucidar, de acuerdo con las premisas aquí acogidas y a la vista de la caracterización propuesta, cuál debería ser, en rigor, el fundamento (o los fundamentos) de tales elementos, con el fin de extraer las pertinentes consecuencias de cara a una futura política legislativa.

Prescindiendo de antecedentes¹⁰⁵ que carecen de relevancia para esta investigación, cabe recordar que el nacimiento dogmático de la categoría surge en el marco de una concepción causal de la acción, en el seno de la cual se puso de relieve que no era posible determinar el injusto específico de numerosas figuras delictivas de una manera puramente objetiva. Frente a la caracterización hasta entonces vigente, que asignaba al tipo todos los elementos objetivos o externos de la acción y relegaba a la culpabilidad todos los elementos subjetivos, se opuso que tal proceder era «insostenible»¹⁰⁶.

Así, cabría decir que la institución surgió ante la necesidad de explicar determinados elementos anímicos que resultaban imprescindibles para caracterizar un determinado tipo delictivo y que no pertenecían a la culpabilidad, en virtud de lo cual, más que una explicación de su fundamento, lo que se ofrece es una constatación acrítica de la presencia de dichos elementos y de la necesidad de su traslado desde la culpabilidad a la antijuridicidad¹⁰⁷, tras descubrirse el equívoco histórico acerca del carácter objetivo de la antijuridicidad propiciado por el concepto causal de la acción¹⁰⁸. Y es que, en efecto, a partir de este momento hay unanimidad en entender que la antijuridicidad posee, ciertamente, un carácter objetivo, en el sentido de que comporta un juicio de desvalor de carácter general, realizado por el ordenamiento jurídico, pero ello no quiere decir que dicho juicio de desvalor deba recaer

exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

Con todo, no han faltado opiniones que han tratado de buscar un verdadero fundamento en la utilización de elementos subjetivos en las descripciones de determinadas figuras delictivas.

Ciñéndonos al Derecho español, cabe destacar la temprana opinión de CÓRDOBA, quien, a diferencia de otros penalistas que se habían ocupado del tema, no se limita a constatar la existencia de tales elementos en el Derecho español y a aludir simplemente a su necesidad para la concreta figura delictiva, sino que hace hincapié en que estos desempeñan la misión de influir en el desvalor de acción, el cual resulta imprescindible para la integración del tipo de injusto, al lado del desvalor de resultado¹⁰⁹; sin embargo, repárese en que esta afirmación alude más bien a la función que cumple el elemento subjetivo en la conformación del concreto injusto que a una fundamentación material propiamente dicha.

De ahí que, por lo que alcanzo a ver, sea RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, por primera vez en nuestra doctrina, les atribuyó una nítida explicación de su fundamento, al señalar (acogiendo la opinión de MEZGER) que, cuando la ley lo exige, el elemento subjetivo del injusto cumple la misión de aclarar la equivocidad de la conducta objetivamente descrita, en su aspecto externo, para poder afirmar su antijuridicidad, lo cual obliga al legislador «a anticipar al tipo de injusto especiales elementos psíquicos que permitan superar aquella equivocidad y decidir si estamos a presencia de una conducta típicamente injusta, o no»¹¹⁰. Eso sí, debe aclararse que posteriormente este penalista matizó que «la anticipación de elementos subjetivos del injusto al ámbito de la antijuridicidad suele obedecer bien a la equivocidad del aspecto objetivo del hecho bien al propósito de adelantar la línea de punibilidad», citando como ejemplo de lo primero el ánimo lúbrico en los delitos sexuales y de lo segundo, el ánimo (v. gr. el ánimo de lucro) en los delitos de intención¹¹¹.

Ello no obstante, esta doble fundamentación requiere efectuar algunas puntualizaciones.

En lo que atañe a la primera de las fundamentaciones citadas, hay que reconocer que, ciertamente, existen casos, mencionados por la doctrina, en los que es obvio que el elemento subjetivo cumple ante todo la misión de resolver la equivocidad de la conducta objetivamente descrita, en su aspecto externo, con el fin de poder decidir si estamos en presencia de una conducta típica penalmente relevante. En efecto, esta fundamentación se adaptaría perfectamente a los denominados delitos de tendencia intensificada en los términos reconocidos por la opinión doctrinal mayoritaria, como sucede, v. gr., con el referido ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

Ahora bien, ante esta fundamentación cabe realizar dos observaciones. En primer lugar, hay que recordar que en el presente trabajo se descarta que existan delitos de tendencia intensificada, en atención a lo cual hay que concluir que en los casos reconocidos como tales por algunos autores no existe elemento subjetivo alguno. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, concebida en un sentido más amplio, la misión de resolver la equivocidad de la conducta objetivamente descrita podría predicarse de la práctica totalidad de elementos subjetivos del injusto, sin perjuicio de hallar en ellos otra clase de fundamentación. Así sucede, a mi juicio, en delitos de intención, como, sin ir más lejos, el delito de hurto, citado por RODRÍGUEZ MOURULLO como ejemplo en el que el ánimo de lucro (o de apropiación definitiva) desempeña la misión exclusiva de anticipar la línea de punibilidad: a mi modo de ver es indudable que, al propio tiempo que cumple esta función, resuelve asimismo la equivocidad de la conducta objetivamente descrita¹¹², habida cuenta de que dos acciones idénticas desde el punto de vista objetivo, consistentes en tomar una cosa mueble ajena, pueden dar lugar a un comportamiento conforme a Derecho o contrario a él, según sea para utilizarla temporalmente y devolvérsela a su dueño o para apropiarse definitivamente de

ella y lucrarse¹¹³. Con todo, es cierto que la fundamentación de resolver la equivocidad de la conducta objetivamente descrita no serviría para otros supuestos que se incluyen entre los delitos de intención, puesto que no se adapta ya a algunos genuinos delitos cortados de resultado, como el ánimo de causar un perjuicio a otro en algunos delitos de falsedad documental (arts. 393, 394, 395 y 396)¹¹⁴, dado que aquí la acción falsaria es en rigor plenamente unívoca y lo que sucede es sencillamente que el legislador entiende que, para la relevancia penal de esa clase de falsedades (en las que la acción objetiva consiste simplemente en hacer uso de un documento falso o en falsificar un documento privado), es necesario un requisito ulterior que confiera lesividad al comportamiento, aunque no hasta el extremo de esperar a que la realización de la conducta falsaria cause un efectivo perjuicio a otro, dado que basta con que el agente actúe guiado por el ánimo de perjudicar. Eso sí, de *lege ferenda* habría que plantearse aquí si tiene sentido mantener tales elementos subjetivos, dado que lo lógico sería convertirlos en elementos objetivos que expresasen la idoneidad objetiva de la acción falsaria para perjudicar a otro, según explicaré después¹¹⁵.

En lo que concierne a la segunda de las fundamentaciones citadas (la de adelantar la línea de punibilidad), también hay que efectuar algunas observaciones.

Ante todo, hay que matizar que ciertamente esta fundamentación es correcta desde un punto de vista meramente formal, esto es, si se entiende que en algunos delitos (en los llamados delitos mutilados de dos actos¹¹⁶ y en los cortados de resultado¹¹⁷) la consumación objetiva se anticipa a la subjetiva, o sea, se produce un adelantamiento del momento consumativo con respecto a la intención subjetiva del agente¹¹⁸; pero ello no quiere decir que implique necesariamente un adelantamiento objetivo de la tutela penal desde un punto de vista material.

Para que hubiese un adelantamiento de la tutela penal desde esta última perspectiva habría que demostrar que la pena prevista para el

tipo de acción construido como delito de intención (a través de un elemento subjetivo) es superior a la que se le asignaría a una tentativa del delito que resultaría de incorporar al tipo penal el segundo acto o el resultado que constituyen el objeto del citado elemento subjetivo. Y ciertamente ello puede descubrirse con claridad en algunas figuras de delito, como, v. gr., sucede en la acción de poseer drogas para traficar, que recibe la misma pena que la acción de tráfico efectivo, en el art. 368, o también incluso en delitos como el del art. 278 CP, puesto que, si bien se prevé además como tipo cualificado (o sea, castigado con mayor pena) el supuesto de que se hubiese realizado el resultado que constituye el objeto del elemento subjetivo, lo cierto es que la pena asignada al delito de intención del apartado 1 es muy superior a la que correspondería a una tentativa del tipo del apartado 2; pero no siempre sucede así, puesto que en otras ocasiones el legislador se limita a tipificar únicamente el delito de intención sin incluir el segundo acto o el resultado al que se dirige dicha intención (ej., arts. 393, 394, 395, 396, 472), con lo que no resulta sencillo saber si existe un adelantamiento de la punibilidad, o no, en el antecitado sentido material. Y algo semejante puede predicarse de aquellos delitos de emprendimiento que se limitan a tipificar como delito autónomo una tentativa, que se eleva, por tanto, a la categoría de delito consumado, como, v. gr., los atentados a la independencia judicial¹¹⁹. En cambio, sí existiría un adelantamiento de la línea de punibilidad en aquellos delitos que castigan con la misma pena la tentativa y el delito consumado, como paradigmáticamente sucedía con la conducta de «corromper o intentar corromper» en la modalidad de cohecho del antiguo art. 423 CP¹²⁰.

Algo similar a lo que se acaba de exponer cabría decir, *mutatis mutandis*, de otra de las funciones que apunta un sector doctrinal, a saber, una función restrictiva de la punibilidad¹²¹. Esta fundamentación también debe ser matizada, puesto que tendrá sentido solo si se aclara que el elemento subjetivo restringe la punibilidad de aquello que se describe a través

de los elementos objetivos del tipo¹²², pero no en el sentido usual otorgado a dicha expresión (como cuando se utiliza para explicar la función de las condiciones objetivas de punibilidad propias, que presuponen ya la existencia de un injusto culpable —una conducta merecedora de pena—, por lo que se erigen en un elemento adicional que opera como factor excepcionalmente agregado a los elementos objetivos y subjetivos de imputación¹²³), puesto que en tal caso habría que demostrar que la conducta objetiva (sin la concurrencia del elemento subjetivo) ya era por sí misma merecedora de la pena asignada por el legislador, y tal circunstancia no concurre en los delitos que incluyen elementos subjetivos del injusto, ni siquiera en los delitos de intención, en los que la acción objetiva, en sí misma considerada, no es merecedora de dicha pena, sino que únicamente lo es cuando se asocia al elemento subjetivo¹²⁴. En atención a ello, desde esta perspectiva lo que cabría concluir es más bien lo contrario, en sintonía con lo que anticipé más arriba: dicho elemento viene a añadir el plus de gravedad que necesita una determinada conducta objetiva para ser penalmente relevante¹²⁵.

Como conclusión de todo lo expuesto hay que señalar que, con carácter general, lo único que cabe asegurar es que los elementos subjetivos (que, a mi juicio, son siempre de intención) poseen el fundamento que corresponde a cualquier otro elemento del tipo de acción, esto es, aporta la necesaria relevancia o la necesaria ofensividad a la figura delictiva¹²⁶. Y la única matización que podría añadirse es la de que en algunos casos la utilización del elemento subjetivo sirve para anticipar la línea de punibilidad, puesto que comporta castigar el tipo de acción construido como delito de intención con una pena superior a la que correspondería a una tentativa del delito que surgiría si se incorporase al tipo penal el segundo acto o el resultado que constituyen el objeto del citado elemento subjetivo.

Por último, conviene aclarar que, naturalmente, es posible hablar de fundamento de los elementos subjetivos en un sentido diverso al

hasta aquí relatado. Me refiero al que descubre las específicas razones político-criminales, propias de cada figura delictiva, que en el caso concreto aconsejan sustituir la realización de un acto o la consecución de un resultado por la mera intención de realizarlo o de conseguirlo. Ello no obstante, esta indagación (que pertenece a la «Parte especial») queda al margen de la presente investigación básica, sin perjuicio de que en las páginas siguientes me ocupe de algunos casos en los que tales razones no existen, y con relación a los cuales se proponga, por ende, que esos elementos subjetivos deban ser eliminados o reemplazados por elementos objetivos.

3. SEDICENTES ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA: INDICACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

A) INTRODUCCIÓN

En las páginas anteriores se ha identificado el problema político-criminal que suscita la inclusión de elementos subjetivos en los tipos penales y, a continuación, se ha llevado a cabo una caracterización de tales elementos a la luz de la concepción significativa del delito, como genuinos elementos del tipo de acción.

En el presente epígrafe, en referencia exclusivamente ya al Derecho penal español, indicaré cuáles son los supuestos que, con arreglo a las premisas de las que aquí partimos, no merecen, de *lege lata*, la calificación de auténticos elementos subjetivos del tipo, sea porque se trata de elementos que pueden y deben ser concebidos en sentido objetivo sea porque en realidad se identifican con el dolo típico o con el elemento subjetivo de la justificación. En algunas ocasiones tales elementos no se hallan explícitamente definidos por el legislador, sino que son deducidos tácitamente por la doctrina o la jurisprudencia; en otras ocasiones sí aparecen expresa e inequívocamente descritos en los tipos, por lo que lo que habrá que determinar

es si deben ser sustituidos por elementos objetivos o si, sencillamente, deben ser eliminados.

B) EN LOS DELITOS DE TENDENCIA INTENSIFICADA

Según anticipé más arriba, de conformidad con los presupuestos de los que aquí partimos, con carácter general deben ser rechazados aquellos elementos que, con arreglo a la interpretación usual, dan lugar a los denominados delitos de tendencia intensificada.

Ciertamente, hay que reconocer que la mayor parte de los ejemplos que se mencionan no aparecen descritos explícitamente por el legislador en los tipos penales, sino que son deducidos tácitamente por parte de la doctrina y la jurisprudencia: esto es lo que sucede señaladamente, por ejemplo, con elementos como el *animus iniuriandi* en el delito de injuria o el ánimo libidinoso o de involucrar a otro en un contexto sexual en diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Con relación a estos elementos implícitos bastará, pues, con refutar los argumentos de quienes consideran necesaria la presencia de tales elementos, no requeridos por el legislador.

Ello no obstante, es indudable que de *lege lata* pueden identificarse también algunos ejemplos de elementos subjetivos que aparecen explícitamente descritos en los tipos y que podrían ser interpretados como expresivos de una tendencia intensificada: como sucede, v. gr., con los «motivos racistas, antisemitas u otros ...» (art. 510) o el «ánimo de ultraje» en el delito del art. 526. En tales supuestos habrá que ofrecer una explicación alternativa de la naturaleza de estos elementos y, en su caso, efectuar propuestas de *lege ferenda*.

Por lo demás, justo es reconocer, empero, que modernamente la doctrina y la jurisprudencia han ido acotando progresivamente el campo de los clásicos «*animi*», caracterizados como elementos anímicos que se venían a añadir al dolo genérico y que tradicionalmente venían siendo calificados como «dolo específico» (así, se venía aludiendo, v. gr., a un *animus necandi, laedendi, etc.*), del que se extraían con-

secuencias dogmáticas que iban más allá de las que se deducirían de su entendimiento como simple dolo genérico (en la práctica totalidad de los casos, para fundamentar una absolución que no se sabía fundamentar de otro modo). Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos tales *animi* no son sino el dolo referido a aquello que objetivamente requiere el tipo, con lo cual no vienen a añadir nada al conocimiento y voluntad propios del dolo¹²⁷.

a) El *animus iniuriandi*

En lo que atañe al *animus iniuriandi* en el delito de injuria, hay que convenir con la opinión doctrinal actualmente dominante¹²⁸ en que no hay razón alguna para exigir un elemento subjetivo más allá del dolo. Es cierto que la tesis de reconocer un elemento subjetivo ha gozado de cierta tradición en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia. Sin embargo, esa tradición se vio quebrada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en la que inequívocamente se descarta el expediente del *animus iniuriandi* para justificar la impunidad de determinadas injurias efectuadas con fines legítimos, como singularmente los relativos a la crítica política, y se opta por acudir al ejercicio de las libertades de expresión e información, que son las que deben resolver el conflicto que se plantea con el derecho al honor¹²⁹. En suma, son los criterios objetivos de ponderación característicos del nivel de la antijuridicidad los que deben ser utilizados aquí y no el arcaico recurso del elemento subjetivo¹³⁰. Y ello ha sido reconocido también modernamente en diversas sentencias de nuestro TS, en las que se reconoce que el referido elemento subjetivo no se distingue conceptualmente del contenido del dolo¹³¹.

b) El ánimo lascivo y el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual

En lo que concierne al ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso (o, en su caso, el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual) en

diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, hay que convenir también con un importante sector doctrinal en que dicho ánimo no puede ser un elemento subjetivo del tipo de los mencionados delitos.

Es cierto que la opinión tradicionalmente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia españolas ha venido resolviendo los casos dudosos, en los que se observa equivocidad en el comportamiento del agente, a través de la acreditación del ánimo lúbrico, lascivo o libidinoso que guiaba al sujeto activo en el momento de realizar la conducta. Sin embargo, es cada vez mayor el número de penalistas (y de resoluciones jurisprudenciales) que rechaza la existencia de un elemento anímico así concebido¹³². Y, en efecto, a mi juicio parece claro que, en realidad, tales casos dudosos deben ser resueltos merced a una interpretación del sentido externo de la conducta del agente, a cuyo efecto no hay necesidad alguna de acudir a la constatación de tal elemento anímico¹³³. Así, en el ejemplo clásico, reiteradamente citado en la doctrina, del médico que realiza tocamientos en el cuerpo de la muchacha, lo único decisivo será saber si dichos tocamientos se adecuan a la *lex artis* y si existe consentimiento válido del paciente para llevarlos a cabo, circunstancias que se deducen ya exclusivamente a partir del significado externo de la acción realizada. Por tanto, si llegamos a la conclusión de que se trataba de un acto médico procedente y que las maniobras en el cuerpo del paciente no rebasaron lo indicado por la *lex artis*, resulta irrelevante intentar averiguar qué ánimos o deseos confluían en la mente del autor en dicho instante¹³⁴. Conforme a los postulados de la concepción significativa, la única intención que nos interesa es la que se plasma en la acción, y si el significado externo de los hechos nos revelan que el acto médico es plenamente conforme a la *lex artis*, es ocioso efectuar ulteriores juicios sobre la intención subjetiva del agente. Y fuera del ejemplo del médico (o, en general, de otro profesional análogo), los restantes supuestos en los que el autor no actúa en el ejercicio de una profesión (y, por tanto, no existe *lex artis*), la cuestión se reconduce

exclusivamente a constatar si existe, o no, consentimiento del sujeto pasivo. Por lo demás, incluso en el marco de la profesión médica cabría imaginar teóricamente supuestos en que, sin ánimo lascivo alguno, el médico realiza una determinada exploración ginecológica a una paciente que se halla inconsciente, a sabiendas de que para ella tal exploración representa un atentado a su libertad sexual y no la habría consentido de haber estado consciente; coincido con GUARDIOLA¹³⁵ en que en semejante supuesto la conducta sería típica con arreglo al delito de abuso sexual, aunque no hubiese existido un ánimo lascivo (y hubiese obrado guiado por cualquier otro ánimo o incluso sin un especial ánimo), sin perjuicio, eso sí, de que la conducta pudiese estar justificada si la exploración estuviese médicamente indicada y fuese urgente.

Particular mención al respecto merece la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS a la hora de defender la tesis de la necesidad de reconocer este elemento subjetivo. En efecto, este penalista introduce la matización de que dicha necesidad dimana del hecho de que «habrá comportamientos cuya significación sexual poco explícita objetivamente obligará a reforzar el elemento subjetivo (scil., la tendencia involucradora sexual a la que luego me referiré) a través de la exigencia de un ánimo lascivo, es decir, de una finalidad de excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno»; así, la exigencia de este ánimo servirá para extraer del tipo penal, «por falta de la magnitud suficiente» aquellas conductas que sean realizadas «con ánimo no lascivo, sino jocoso, curioso, vengativo, humillante...»¹³⁶. Eso sí, conviene aclarar que este penalista considera que (a diferencia del ánimo de involucrar a la víctima en un contexto sexual, que él califica de genuino ejemplo de elemento subjetivo del injusto de tendencia interna intensificada) el ánimo lascivo no constituye un caso de tendencia intensificada sino uno de intención, puesto que se trata de un ánimo que, en comportamientos sexuales objetivamente equívocos, consiste en la finalidad «trascendente al resultado típico, de excitar o satisfacer el impulso sexual pro-

pio o ajeno ... que va más allá de la tendencia no trascendente de colocar el suceso en un contexto sexual». Ello no obstante, recuérdese que para la opinión mayoritaria este ánimo lascivo no es un ejemplo de elemento subjetivo de intención, porque dicho ánimo se proyecta sobre la propia conducta típica objetiva del comportamiento sexual, como sucede en todos los delitos de tendencia intensificada, y, por tanto, se trata de un ánimo que acompaña ya a la acción sexual sin que, en rigor, quepa afirmar que se dirige a lograr un ulterior resultado o una ulterior actividad, distintos de la realización de la conducta sexual.

Vaya por delante que para este penalista la necesidad del ánimo lascivo se deriva de la idea rectora de asegurar en todo momento una notable relevancia en las conductas que deben incluirse en el Derecho penal sexual, a diferencia de aquellas que simplemente deben ser calificadas como coacciones, amenazas o injurias. Ahora bien, frente a esta opinión, hay que argumentar en un doble plano.

De un lado, aceptando como válida la necesidad de establecer esta distinción fundamentada en la magnitud de la conducta, la diferencia entre un delito contra la libertad sexual y unos delitos de coacciones, amenazas o injurias no puede ser establecida con base en el ánimo que guiaba al agente. La diferencia habrá de ser fijada sobre la base del mayor contenido objetivo de injusto plasmado en la acción realizada: así, de acuerdo con las premisas de la concepción significativa, lo relevante será saber si la conducta llevada a cabo por el agente posee un significado externo sexual para la sociedad, siendo indiferente averiguar cuál fue el ánimo o ánimos (puesto que en la realidad criminológica no será infrecuente que concurren varios) que impulsaron al agente a delinquir, ánimos que, por supuesto, también habrán de ser deducidos de criterios externos.

De otro lado, ni que decir tiene que es perfectamente imaginable que exista una acción de contenido inequívocamente sexual que posea una notable gravedad y que, sin embargo, se constate que el ánimo que guió al autor no sea lascivo, sino jocoso, humillante o venga-

tivo; y, viceversa, son también perfectamente imaginables tocamientos guiados por un exclusivo ánimo lascivo o libidinoso que no revisten la gravedad suficiente para integrar el tipo delictivo del abuso del art. 181 y que deberán ser incluidos en la falta del art. 620-2º. En resumen, comparto la idea de que las conductas de contenido sexual realizadas con una finalidad vejatoria, jocosa o humillante (o las realizadas por simple curiosidad y sin un ánimo especial) deben quedar incluidas entre los delitos contra la libertad sexual¹³⁷, salvo que se interprete que el hecho no posee la entidad suficiente para integrar el tipo delictivo (que en concreto sería un delito de abuso sexual) y deba ser calificado como falta; mas, repárese en que será la entidad *objetiva* de la acción (su significado) la que permitirá diferenciar conforme a criterios objetivos y externos entre el delito y la falta.

En lo que atañe al ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual¹³⁸, creo que lo que sucede en esta clase de delitos es que el hecho de involucrar a la víctima en un contexto sexual es ya un elemento objetivo del tipo. En efecto, de nuevo hay que afirmar que, comoquiera que esa tendencia no es algo que *exista* en la mente del autor, sino algo que hay que descubrir a partir del significado externo de la acción realizada, lo decisivo serán los criterios objetivos externos que se manifiestan en la acción y que son los que nos permiten concluir que la conducta se llevó a cabo en un contexto sexual. Así, volviendo al ejemplo del médico que realiza tocamientos en el cuerpo del paciente, cabe reiterar que lo único decisivo será saber si existe consentimiento del paciente para llevarlos a cabo y si dichos tocamientos se adecuan a la *lex artis*, lo cual se deduce exclusivamente de reglas externas. Y si llegamos a esa conclusión de que concurren ambas circunstancias, no existe ya *objetivamente* el «contexto sexual» y, por ende, carece de sentido interrogarse acerca de cuál era el ánimo que anidaba en la mente del autor en el momento de realizar la acción¹³⁹.

Por tanto, las premisas de la concepción significativa conducen a invertir el razona-

miento de DÍEZ RIPOLLÉS, cuando afirma que «al tipo subjetivo pertenece igualmente la tendencia involucradora sexual que acompaña la realización de los elementos objetivos de la acción sexual, dando a ésta su auténtica significación»¹⁴⁰. A mi juicio, lo que da la auténtica significación sexual lesiva al comportamiento son los criterios externos que se ponen de manifiesto en la acción; y a partir de ellos podríamos proclamar, en su caso, que existe la tendencia anímica del autor. Pero entonces carece de sentido exigir un especial elemento subjetivo del tipo diferente del dolo, dado que lo que hay que constatar es que el tocamiento corporal se produjo en circunstancias tales que comportaron objetivamente una involucración de la víctima en un contexto sexual. De este modo, el elemento subjetivo de estos delitos debe limitarse al dolo, el cual deberá abarcar el conocimiento de que se han realizado unos tocamientos en el cuerpo de otra persona y que estos no están amparados por la *lex artis* y/o no cuentan con el consentimiento de la víctima. Bastará, pues, en fin, con que el agente conozca estos hechos y quiera realizarlos para que se integre plenamente el tipo delictivo contra la libertad sexual, sin que nos interese averiguar cuál era la clase de intención subjetiva que existía en la mente del autor.

c) El ánimo de defraudar

Un sector doctrinal y algunas sentencias de nuestros Tribunales han venido entendiendo que el «ánimo de defraudar» es un específico elemento subjetivo del injusto, diferente del dolo, que se hallaría implícito en la descripción típica de los delitos de defraudación tributaria (art. 305 CP) y de defraudación a la Seguridad social (art. 307 CP). Y resulta curioso comprobar cómo, desde la introducción del delito de defraudación tributaria en nuestro CP en el año 1977, la insistencia de la referida doctrina y de las mencionadas sentencias en la exigencia de semejante ánimo llegó a influir incluso en el propio legislador, aunque sorprendentemente no en el citado delito sino exclusivamente en el delito del art. 307, en el que se incluyó la

expresión «ánimo fraudulento» según la redacción de la L.O. 6/1995¹⁴¹.

Aunque no se explicita de qué clase de elemento subjetivo se trataría, es obvio que tendría ser un elemento que expresa una tendencia intensificada del agente, dado que el núcleo del comportamiento típico consiste ya en «defraudar».

Ello no obstante, dado que en el seno de dichos preceptos el verbo defraudar debe ser interpretado como causar un perjuicio patrimonial injusto mediante engaño, no se alcanza a comprender en qué habría de consistir ese sedicente específico ánimo fraudulento como elemento subjetivo distinto añadido al dolo. Así, en algunas sentencias el recurso a dicho ánimo es utilizado de un modo similar, *mutatis mutandis*, al empleado con relación al *animus iniuriandi*: en unos casos, para absolver o sobreseer indebidamente y en otros casos, para fundamentar una absolución o sobreseimiento que, si bien son procedentes, no se sabe justificarse de otra manera.

Y lo lamentable es que esa ignorancia llegue a plasmarse incluso en sentencias de nuestro TC, en las que se proclama que el tipo del delito del art. 305 requiere la concurrencia del «elemento subjetivo característico de toda defraudación», esto es, «un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello» (SSTC 120/2005, 129/2008, 57/2010). Semejante razonamiento es utilizado por el TC para conceder el amparo por vulneración del «principio de culpabilidad»; sin embargo, es obvio que en los casos enjuiciados ya no existía la ocultación del hecho imponible que es imprescindible para que se integre el tipo (objetivo) de acción de dicho delito (en la STC 57/2010, se trataba de un caso en el que la empresa había declarado correctamente el hecho imponible, pero deduciendo indebidamente un IVA que, si bien había sido efectivamente devengado, todavía no había sido realmente repercutido).

Como ya escribió certeramente RODRÍGUEZ MOURULLO en referencia a las pre-

sunciones de «ánimo de defraudar» contenidas en la primigenia redacción del delito fiscal, un ánimo fraudulento así concebido expresaría incorrectamente la realidad psicológica, dado que «a nadie se la ha ocurrido exigir en las estafas ánimo de defraudar, sino de lucro injusto, porque lo que el sujeto quiere, no es defraudar por defraudar, no es la defraudación en sí misma»¹⁴². De ahí precisamente que, ya con respecto al primitivo delito de defraudación tributaria, un importante sector de la doctrina subrayase que en todo caso el único elemento subjetivo del injusto que podría considerarse exigido por el tipo sería el «ánimo de lucro», caracterizado simplemente como la finalidad de obtener la ventaja patrimonial inherente al impago de la deuda tributaria. Ahora bien, así configurado, tal ánimo de lucro es de todo punto superfluo, desde el momento en que nada nuevo añade al dolo típico del delito, que abarca ya el engaño (la ocultación del hecho imponible), la infracción del deber y el perjuicio¹⁴³.

d) El ánimo de ultraje

El ánimo de ultraje contenido en el art. 526 CP es un ejemplo prototípico de elemento subjetivo explícito del tipo que denota una tendencia intensificada, en la medida en que no posee una proyección ulterior con relación a la conducta objetivamente realizada (consistente en «destruir, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos»), sino que acompaña a ésta¹⁴⁴.

Es evidente que no se identifica con el dolo del delito, puesto que éste debe circunscribirse a abarcar el conocimiento de que se causa un desperfecto en un elemento funerario y querer realizarlo. El ánimo que guíe al autor al tiempo de ejecutar la acción no forma parte del dolo, por lo que pertenece indudablemente al tipo de acción.

Ahora bien, lo que hay que preguntarse ante casos como éste es si el elemento subjetivo resulta imprescindible para otorgar relevancia penal a la conducta.

A mi juicio, parece evidente que este interrogante debe ser respondido negativamente, puesto que la relevancia penalmente típica se infiere ya de una correcta comprensión de los verbos típicos («destruir, alterar o dañar»), cuya semántica permite excluir las conductas que se lleven a cabo sobre los elementos funerarios con una finalidad legítima, como, v. gr., señaladamente la finalidad de efectuar reparaciones o arreglos en ellos. Ello está muy claro en el caso de los verbos «destruir o dañar», pero, de acuerdo con una interpretación sistemática, también debe predicarse del verbo alterar, intercalado entre los otros dos; de hecho, la opinión dominante viene interpretando que con el verbo alterar se abarcan casos como los de las pintadas¹⁴⁵. En cualquier caso, si se entiende que el verbo alterar no encierra ya la relevancia penalmente típica, lo más correcto sería recurrir a una expresión objetiva, como, v. gr., «sin la debida autorización», al igual que sucede en otros lugares del Código. En este sentido, es revelador que la expresión «faltando al debido respeto a la memoria de los muertos», contenida en la primera modalidad del art. 526, no se interprete subjetivamente sino objetivamente¹⁴⁶.

Por tanto, a la vista de lo inequívoco de los términos típicos objetivos, debería ser de todo punto intrascendente para constatar la relevancia penal de la conducta averiguar cuál era el ánimo específico que (más allá del dolo) guiaba la actuación del agente, un ánimo que, por lo demás, no resultará nada sencillo de descubrir en la medida en que deberá ser deducido a través de criterios externos: recuérdese una vez más que, desde la perspectiva de la concepción significativa, si la constatación del elemento subjetivo necesita criterios externos, resulta preferible que de *lege ferenda* el legislador incorpore ya esos criterios externos. Por lo demás, comoquiera que la palabra ultraje significa «ajamiento, injuria o desprecio», la exigencia de un elemento subjetivo así caracterizado conduce, en rigor, a la insatisfactoria conclusión de dejar fuera de la órbita típica conductas llevadas a cabo con otras finalidades que no sean propiamente injuriosas.

e) Los motivos racistas, etc.

Según una opinión bastante extendida, otro ejemplo prototípico de elemento subjetivo explícito del tipo que denotaría una tendencia intensificada¹⁴⁷ sería el de obrar por motivos racistas, etc., en el delito del art. 510-1 CP.

Desde luego, no hay duda de que, al exigir que el autor obre por los «motivos» que se especifican, el legislador quiso incluir un elemento subjetivo, que denota una actitud interna, en la figura del art. 510-1; y así lo viene interpretando la jurisprudencia¹⁴⁸.

Sin embargo, tal elemento subjetivo carece de todo sentido, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada. Y es que, en efecto, aun aceptando la legitimidad de esta figura delictiva (en la Propuesta alternativa al tratamiento de la discriminación elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal (1998) se solicitaba la eliminación del art. 510-1), parece claro que la relevancia penal del comportamiento no puede residir en los motivos¹⁴⁹, sino en el hecho de que la conducta provocadora afecte a alguno de los colectivos mencionados en el precepto y así sea entendida por la sociedad¹⁵⁰.

En sintonía con esta interpretación, hay que convenir asimismo en que el fundamento de los motivos que se incluyen en el delito del art. 510-1 (del mismo modo que el fundamento de la agravante del art. 22-4ª) reside en el mayor contenido de injusto y concretamente en el desvalor adicional de resultado que supone la lesión del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a otro¹⁵¹. Y repárese en que, como bien razona LANDA, con esta fundamentación se neutralizan de forma adecuada los riesgos de incriminación de la actitud interna, sobre la base de entender¹⁵² que los elementos de la actitud interna deben ser interpretados como una técnica del legislador merced a la cual se apunta, en una valoración anticipada, al contexto social en el que la conducta discriminatoria se entiende (intersubjetivamente) como tal por el colectivo victimizado y por la sociedad en su conjunto¹⁵³.

De ahí que incluso de *lege lata* pueda sostenerse «una lectura objetiva (intersubjetiva, normativa) y no subjetiva (de motivo)»¹⁵⁴, en la que el vocablo «motivos» no es sino el dolo de realizar los restantes términos que se emplean para describir la conducta. En este sentido, considera acertadamente DOPICO¹⁵⁵, en referencia a la agravante del art. 22-4ª (pero apuntando el paralelismo con el delito de provocación), que el dolo debe abarcar aquí el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una población (ya) amenazada y el hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, etc., en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas. Y en sentido análogo señala certeramente LANDA¹⁵⁶ que lo relevante es la peligrosidad objetiva de la conducta, por lo que los «motivos» no harían referencia tanto a una motivación interna (subjetiva) del sujeto que discrimina como a la comprobación de que el autor conocía las circunstancias y el contexto en el que llevaba a cabo la conducta delictiva.

En cualquier caso, de *lege ferenda* debe compartirse la propuesta doctrinal de que la referencia a los motivos sea sustituida por una mención clara y expresa, reveladora de que la conducta típica debe dirigirse «contra» el correspondiente grupo «por razón de» alguna de las causas de discriminación que se enumeran¹⁵⁷.

C) EN LOS DELITOS DE INTENCIÓN

a) Elementos implícitos

Los ejemplos de elementos subjetivos implícitos en los delitos de intención no son, desde luego, tan abundantes como en los delitos de tendencia intensificada; ello no obstante, también aquí se proponen algunos conspicuos ejemplos¹⁵⁸, el más representativo de los cuales tal vez sea el ánimo falsario, de engañar o de introducir el documento en el tráfico jurídico en los delitos de falsedad documental, según una opinión tradicionalmente mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia, un ánimo que se configuraría como un genuino elemento subjetivo, diferente del dolo, y que lo tras-

ciende, de tal modo que se llega a calificar al delito de falsedad documental como uno de intención o de tendencia interna trascendente y, en concreto, uno mutilado de dos actos.

En este sentido se ha pronunciado, p. ej., GARCÍA CANTIZANO, aclarando que el ánimo de introducir el documento en el tráfico desempeña la función de «completar la estructura subjetiva del tipo» y que su ausencia «impedirá hablar de falsedad penalmente relevante», y citando en apoyo de su tesis cita la opinión de la doctrina alemana a la sazón dominante¹⁵⁹. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el delito de falsedad documental del § 267 StGB el elemento subjetivo consistente en el ánimo de engañar en el tráfico jurídico se refleja expresamente en el tipo («zur Täuschung im Rechtsverkehr»), lo que ha obligado a la doctrina germánica a calificar esta locución como un elemento subjetivo de intención de los pertenecientes a la categoría de los delitos mutilados de dos actos¹⁶⁰.

En mi opinión, de acuerdo con un importante sector doctrinal, para descartar una falsedad documental penalmente relevante no hay necesidad de recurrir a la inexistencia de un pretendido elemento subjetivo del injusto, dado que la atipicidad se deriva ya de la ausencia de riesgo relevante de afectación a la confianza de los ciudadanos en las funciones del documento en el tráfico jurídico, bien porque la falsedad es burda, bien porque no altera las funciones del documento (de perpetuación, de garantía y probatoria)¹⁶¹.

Así, en los ejemplos propuestos en la doctrina, del alumno que falsifica sus notas temiendo la represalia de sus padres o de quien altera el resultado de una quiniela rellena por un amigo para gastarle la broma de que habría conseguido catorce aciertos o de quien, tras alterar un cheque, lo olvida en el cajón de su escritorio¹⁶², no hay necesidad de recurrir a momento anímico alguno, dado que la conducta no resulta objetivamente idónea para afectar al bien jurídico, al no estar destinada a entrar en el tráfico jurídico y no ser relevantes para afectar a las funciones del documento (o tratarse de un acto meramente preparatorio y

además desistido). En suma, repárese en que el requisito de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico (y su consiguiente idoneidad para alterar las funciones del documento) es ya un requisito *objetivo* implícito de la conducta penalmente típica¹⁶³; y, ciertamente, el autor deberá ser consciente de que su acción falsaria está destinada a entrar en el tráfico jurídico y querer conseguirlo, mas se trata del conocimiento y la voluntad propios del dolo falsario.

Por lo demás, entiendo, que el caso de las falsedades documentales no es el mismo que el de la falsificación de moneda del art. 386-párrafo 2º o el de la posesión de drogas con el fin de traficar del art. 368, en los que la conducta base objetiva, consistente en la posesión o la tenencia, carece ya de la necesaria lesividad en cuanto tal, en sí misma considerada, para adquirir relevancia penal, por lo que aquí sí se hace necesario *añadir* un ulterior elemento típico que opere como factor de restricción y confiera tal relevancia a la infracción¹⁶⁴. En cambio en el caso de las falsedades documentales no se trata de que deba añadirse factor alguno a la acción de falsificar sino de discriminar *objetivamente* entre las falsificaciones que son inocuas de cara a afectar al bien jurídico y aquellas que poseen idoneidad para vulnerarlo, con independencia de cuál sea la finalidad que guíe al agente.

b) Elementos cuya descripción va precedida de la preposición «en»

Según un sector doctrinal y jurisprudencial, la locución «en perjuicio», contenida en diferentes delitos (v. gr., arts. 257-1-1º, 270-1, 283, 291, 292 CP) a raíz de la redacción otorgada por el legislador del CP de 1995, sería un elemento subjetivo; sin embargo, a mi juicio, esta interpretación debe ser rechazada, dado que en todos estos supuestos estamos ante elementos objetivos, que expresan o bien un resultado lesivo o bien un peligro para el bien jurídico.

Aunque algún autor ha escrito que «la partícula ‘en’ es utilizada tradicionalmente en nuestro Código penal con el fin de señalar un

elemento subjetivo»¹⁶⁵, lo cierto es que esta afirmación carece de fundamento. En efecto, la expresión «en perjuicio...», empezó a usarse profusamente a partir del PCP de 1980 en el ámbito de los delitos patrimoniales y socioeconómicos para describir un elemento inequívocamente objetivo (así, v. gr., en la estafa o en la apropiación indebida), llegándose incluso a contraponerla explícitamente a un simple *animus*: así, podía leerse ya en dicho texto la alternativa «en perjuicio de otro o con ánimo de causárselo» (v. gr., art. 366). Por lo demás, cuando el prelegislador de 1980 quería expresar un ánimo de perjudicar, empleaba una fórmula gramaticalmente correcta (v. gr., «con ánimo de perjudicar», en los arts. 286, 288, 289, o «con intención de lucro o de perjudicar a otro», en los arts. 422, 423, 424 y 425).

Y es que, en rigor, el entendimiento de la locución «en perjuicio» como elemento subjetivo debería quedar descartado ya de antemano con arreglo al uso correcto del lenguaje, dado que ninguna de las ocho acepciones de la preposición *en*, recogidas en el Diccionario de la RAE, puede considerarse equivalente a «con ánimo de», «con el fin de», «con intención de» o similares expresiones utilizadas para describir elementos anímicos¹⁶⁶. Y esta conclusión viene corroborada por la interpretación sistemática, habida cuenta de que en otros delitos el legislador emplea la locución «en perjuicio» para aludir a un elemento objetivo del tipo, según se reconoce de forma conteste en la doctrina y en la jurisprudencia, como v. gr., sucede en la estafa (art. 248) o en la apropiación indebida (art. 252); y, viceversa, cuando el legislador ha querido exigir un ánimo de perjudicar ha utilizado una fórmula inequívocamente subjetiva (v. gr., «para perjudicar a otro», en los arts. 218, 393, 394, 395 y 396).

Paradigmático es el caso de dicha locución en el delito de alzamiento de bienes (art. 257-1-1º), en el que aquella ha sido interpretada por la opinión mayoritaria en el sentido de exigir en el deudor un ánimo de perjudicar al acreedor, atribuyendo consiguientemente al alzamiento la naturaleza de delito de consu-

mación anticipada en su modalidad de delito cortado de resultado.

Sin embargo, su entendimiento en sentido objetivo no solo es algo gramaticalmente obligado sino que también es perfectamente posible desde la perspectiva dogmática, y, por añadidura, es el entendimiento que resulta político-criminalmente más satisfactorio y fructífero, en la medida en que entonces la necesaria restricción de la tipicidad de este delito deberá fundamentarse en un examen más elaborado de la parte objetiva del tipo¹⁶⁷.

Por lo demás, algo similar cabe predicar de los restantes preceptos en los que se incluye la expresión «en perjuicio», la cual debe ser concebida como un elemento *objetivo*, indicador de un peligro para el bien jurídico (sea concreto, sea hipotético) o, incluso, de una lesión efectiva¹⁶⁸.

Por otra parte, análogas consideraciones a las acabadas de realizar hay que efectuar también, *mutatis mutandis*, con respecto a la expresión «en beneficio propio o de un tercero» (contenida, p. ej., en el art. 295), que usualmente es interpretada como un elemento subjetivo; sin embargo, a mi juicio debe ser concebida como un elemento objetivo del tipo (indicador de un peligro para el bien jurídico, o, en su caso, de una lesión), en sintonía, por cierto, con el sentido que se le otorga en la legislación mercantil, como señaladamente en la vigente Ley de sociedades de capital de 2010¹⁶⁹.

c) Elementos subjetivos sustituibles por elementos objetivos

Relacionado con la cuestión que se acaba de analizar se halla el caso de aquellos elementos que, si bien han sido caracterizados inequívocamente por el legislador como elementos subjetivos del tipo, deberían ser configurados en realidad de modo objetivo.

Así, hay supuestos en que, asumida la conveniencia de adelantar la línea de punibilidad, resulta preferible optar por convertir los elementos subjetivos en elementos objetivos que

expresen un peligro (concreto o, preferiblemente, hipotético) que denoten una idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico. Y lo mismo cabe predicar cuando lo que realmente pretende el legislador con el elemento subjetivo en cuestión es (visto desde la perspectiva político-criminal inversa) acotar la órbita típica de determinados delitos, agregando a la ejecución de la conducta básica ulteriores factores de restricción.

Ciertamente, hay que reconocer que el legislador del CP de 1995 no ha abusado de la presencia de elementos subjetivos y ha optado —a mi modo de ver correctamente— en numerosas ocasiones por recurrir al empleo de elementos objetivos, sobre todo a elementos de *aptitud* para producir un daño. Es esta una técnica que en algunos casos se plasma de forma indubitada, como sucede, p. ej., en el delito de publicidad falsa del art. 282 o en el delito societario de falsedad documental del art. 290, y que en otros casos puede ser deducida mediante una labor interpretativa, aunque el legislador haya empleado expresiones de significado equívoco, como la susodicha locución «en perjuicio», examinada en el apartado anterior. Es más, en algún supuesto el legislador revisó la primitiva idea que se reflejaba en los Proyectos. Tal es el caso señaladamente, p. ej., del delito de alteración de precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 284), que en su versión definitiva se configuró acertadamente como un delito de consumación anticipada, en el que el lo que se castiga materialmente es la tentativa de alterar los precios, abandonando la idea de construir el injusto en torno al elemento puramente subjetivo anímico.

Ello no obstante, subsisten expresiones indudablemente subjetivas, que de *lege ferenda* deberían ser sustituidas por una descripción objetiva, como, v. gr., sucede con las locuciones: «con fines industriales o comerciales», contenida en los arts. 273, 274 y 286-1¹⁷⁰, o «con la intención de desabastecer un sector del mercado, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores», en el art. 281¹⁷¹, o «con el propósito de captar

inversores o depositantes ...», en el art. 282 bis¹⁷².

D) EN LOS DENOMINADOS DELITOS DE EXPRESIÓN: EL FALTAR A LA VERDAD

Según se indicó ya anteriormente, el sector doctrinal que añade el grupo de los delitos de expresión a los de intención y tendencia intensificada pone como ejemplo más representativo el delito de falso testimonio, en el cual la locución «faltar a la verdad» sería un elemento subjetivo del injusto.

En efecto, acogiendo la tradicional clasificación pergeñada por MEZGER¹⁷³, inicialmente la doctrina española mayoritaria incluyó el grupo de los delitos de expresión, caracterizados por el dato de que la acción presupone un determinado estado psíquico que se halla en contradicción con el comportamiento externo, de tal modo que la comprobación de la tipicidad obliga a comparar lo externamente ejecutado con el proceso que paralelamente se desarrolla en el mundo anímico del autor¹⁷⁴.

En mi opinión, la referida locución típica podría ser considerada como un elemento subjetivo si, para la caracterización del delito de falso testimonio, se asumiese una teoría subjetiva¹⁷⁵, que construyese el tipo sobre la base de la convicción del autor, como una contradicción entre lo que se dice y lo que se sabe¹⁷⁶, pero no lo será si se acoge una teoría objetiva¹⁷⁷ que construya dicho delito sobre la referencia a la verdad objetiva, como una contradicción entre lo que se dice y la realidad¹⁷⁸, teoría esta que resulta político-criminalmente preferible y que es la que se acoge en el CP español en la regulación del delito de falso testimonio (en la actualidad en el art. 458)¹⁷⁹, en la que no hay dato alguno que permita respaldar una concepción subjetiva de la falsedad¹⁸⁰, a diferencia de lo que sucede en los delitos de calumnia, injuria y acusación y denuncia falsas.

En efecto, al considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo de acción, se consigue, de entrada, que se reputen relevantes para

el Derecho penal todas las conductas que se revelan realmente idóneas para lesionar el bien jurídico.

Ahora bien, ello no implica que el sujeto que obra en la creencia de decir la verdad vaya a ser castigado, puesto que en este caso faltará el dolo. Así, en contra de lo que a veces se indica¹⁸¹, la teoría objetiva no conduce a la insatisfactoria consecuencia de castigar por falso testimonio al sujeto que ha manifestado lo que él creía ajustado a la verdad. Lo único que podrá afirmarse es que el sujeto ha realizado una conducta que es subsumible en un tipo penal y, por ello, una conducta *prima facie* relevante para el Derecho penal; mas, al obrar con un error (bastando un error vencible, porque el delito no admite la forma imprudente) sobre un elemento de dicho tipo (esto es, la falsedad de su declaración), quedará excluido el dolo en su comportamiento y con ello la ilicitud o antijuridicidad formal.

Y, viceversa, en el caso de que el sujeto declare la verdad objetiva, pero creyendo que está efectuando una manifestación falsa, existirá una tentativa¹⁸² inidónea punible¹⁸³ por ser un caso de inidoneidad relativa.

En resumidas cuentas, acogiendo la caracterización de TORÍO y exponiéndola desde la óptica de las categorías de la concepción significativa, cabría decir que la lesión de la *verdad* (objetiva) es decisiva para la configuración del tipo de acción y, consiguientemente, de la antijuridicidad material, mientras que la lesión de la *veracidad* (subjetiva) es determinante para el examen del dolo y, consiguientemente, de la ilicitud o antijuridicidad formal. Solamente cuando aparezcan suficientemente fundados ambos, se está en presencia del delito en todos sus elementos¹⁸⁴.

Así las cosas, en lo que atañe al aspecto que aquí nos interesa, la conciencia de la falsedad (objetiva) del testimonio no sería entonces un elemento subjetivo separable del componente cognoscitivo característico del dolo; no es otra cosa que el propio dolo¹⁸⁵.

4. DOS CASOS PECULIARES

Agrupo en este epígrafe dos casos que califico de peculiares en la medida en que se trata de supuestos en los que el legislador ha incluido en las formulaciones de los respectivos delitos una expresiones que indudablemente se revelan como elementos anímicos, pero que, a mi juicio, ni van referidas al dolo de realizar los elementos objetivos del tipo correspondiente ni pertenecen tampoco a la culpabilidad.

Ahora bien, si atendemos a la caracterización tradicional de los elementos subjetivos del injusto, que distingue elementos de intención y elementos de tendencia interna intensificada (y, en su caso, elementos de expresión), parece que, en rigor, tampoco tendrían fácil encaje en dichas categorías¹⁸⁶.

De ahí que, en mi opinión, se haga necesario identificar un nuevo grupo dentro de los elementos subjetivos del injusto, en la línea propuesta por un sector de la doctrina alemana y por un moderno sector de la española: se trata de elementos subjetivos (o mixtos subjetivo-objetivos) que, pese a reflejar una «actitud interna», pertenecen a la antijuridicidad¹⁸⁷.

Ello no obstante, con lo anterior no está dicho todo, dado que, de acuerdo con el enfoque metodológico que se acoge en este trabajo, todavía habría que dilucidar si se trata de elementos subjetivos del tipo de acción o si se trata de elementos subjetivos de la ilicitud (o de la justificación). De hecho, a mi modo de ver, el primero de los casos mencionados es un elemento subjetivo de la justificación y el segundo es un elemento subjetivo del tipo.

A) EL CONOCIMIENTO DE LA FALSEDAD Y EL TEMERARIO DESPRECIO HACIA LA VERDAD

Verdaderamente complejo, y por ello vivamente discutido, es el caso de la expresión (ciertamente inusual y, a mi juicio, defectuosa como explicaré) «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», contenida en el delito de calumnia (art. 205 CP), en el de injuria grave (art. 208), en el de

acusación y denuncia falsas (art. 456) y en el de difusión de informaciones injuriosas (art. 510-2).

Un nutrido sector doctrinal¹⁸⁸ ha venido rechazando que dicha expresión pueda ser concebida como un elemento subjetivo del injusto, desde el momento en que —se argumenta— refleja ya el elemento cognoscitivo del dolo. Fiel exponente de esta posición es GUARDIOLA, quien considera que con esta referencia subjetiva el legislador alude al dolo directo (con conocimiento de su falsedad) y al dolo eventual (temerario desprecio hacia la verdad), en virtud de lo cual —añade, desde la perspectiva que aquí nos interesa— en los citados delitos cabe una construcción objetiva perfectamente coherente que no recurra a especiales elementos subjetivos¹⁸⁹.

Sin embargo, esta interpretación solo tiene sentido si se parte de la premisa de que la falsedad es un elemento objetivo del tipo de los referidos delitos, habida cuenta de que el punto de referencia del dolo únicamente puede abarcar los elementos de la vertiente objetiva de la correspondiente figura de delito, con lo que entonces el «conocimiento de la falsedad» no puede sino entenderse como una mención explícita —aunque ciertamente innecesaria— del dolo¹⁹⁰ y el «temerario desprecio hacia la verdad» como una específica alusión al dolo eventual¹⁹¹.

Ahora bien, si se rechaza la referida premisa de la falsedad objetiva (como creo correcto), parece que las expresiones en cuestión no pueden entenderse como alusivas exclusivamente al dolo, toda vez que sería absurdo atribuir al dolo el conocimiento de un elemento que no forma parte de la vertiente objetiva del tipo.

Así lo ha entendido un sector doctrinal, en el seno del cual las posibilidades que se proponen son dos: o se califican como elemento subjetivo específico del tipo¹⁹² o se conciben como un elemento subjetivo de la justificación (redactado en sentido inverso) que refleja uno de los presupuestos esenciales del ejercicio legítimo del derecho a la información¹⁹³.

Prima facie, parece que la primera de las posibilidades mencionadas se revela no solo como la solución dogmáticamente más lógica sino también como una solución que se adecua plenamente al concepto de falsedad recogido en la reciente jurisprudencia del TC español, en la que, desde luego, se inspiró el legislador del CP de 1995.

Eso sí, esta tesis requiere efectuar dos aclaraciones: de un lado, cómo hay que entender entonces el concepto de falsedad y, en concreto, cómo hay que interpretar la expresión «temerario desprecio hacia la verdad»; de otro lado, hay que analizar si las soluciones a las que llega resultan político-criminalmente satisfactorias. Veamos ambas cuestiones.

En lo que atañe a la primera aclaración, hay que convenir en que los referidos elementos pertenecerían al tipo de acción porque las expresiones utilizadas por el legislador obligan a entender que la falsedad que se incluye en los citados preceptos no es la falsedad objetiva sino la subjetiva, en sintonía con el concepto de veracidad subjetiva acogido en la jurisprudencia del TC¹⁹⁴. Como ya señaló VIVES al comentar los preceptos del nuevo CP de 1995, la referencia a la falsedad que contenía el Código anterior ha sido sustituida por unas expresiones que aluden a la veracidad subjetiva, en lugar de a la verdad objetiva a la que históricamente se referían estos delitos¹⁹⁵.

Ahora bien, es indudable que para consagrar el criterio de la falsedad subjetiva bastaba ya con la inclusión de la primera de las expresiones empleadas («con conocimiento de su falsedad»), puesto que de ella ya cabe deducir que solo existirá el tipo cuando el sujeto realice su comportamiento en la creencia de que lo que imputa es falso y que la tipicidad se mantiene aunque *ex post* se demuestre que lo imputado era objetivamente cierto¹⁹⁶. Ello no obstante, el legislador incorporó una segunda expresión («temerario desprecio hacia la verdad»), cuya naturaleza ha suscitado dudas y que, partiendo del criterio de la falsedad subjetiva, ha sido caracterizada como un «conocimiento eventual (doloso) de que el hecho que se imputa es falso»¹⁹⁷.

La inclusión de esta segunda expresión vendría entonces a cumplir la función de perfilar la noción de la falsedad subjetiva, ampliando su concepto en la línea trazada por la jurisprudencia constitucional. Dicha fórmula (que no es sino una traducción del *reckless disregard* del Derecho norteamericano) supone asumir la teoría de la *actual malice*, importada por nuestro TC de la jurisprudencia norteamericana, en el sentido de considerar que para la infracción delictiva es suficiente con que el informador no haya contrastado suficientemente sus fuentes de información¹⁹⁸.

Por tanto, en realidad la mencionada fórmula no sería una referencia al dolo eventual sino una característica del concepto de falsedad subjetiva como elemento del tipo de acción y que, por tanto, alude ya a un momento diferente y previo al dolo. Lo que sí cabría afirmar es que, para caracterizar ese concepto de falsedad subjetiva, el legislador español (que nos remite a un momento anímico) ha utilizado un criterio que se viene a identificar con el que sirve para definir el dolo eventual; y, por supuesto, lo que también se podría afirmar es que, como ineluctable consecuencia de este amplio concepto de falsedad subjetiva, los delitos que incorporan dicha fórmula admiten el dolo eventual¹⁹⁹.

En resumidas cuentas, de conformidad con esta primera posibilidad interpretativa, las expresiones que se analizan en este epígrafe nos remiten en todo caso a un momento anímico que resulta imprescindible para caracterizar la acción porque de lo que se trata es de constatar si, al efectuar su imputación, el autor obró en la plena creencia de que los hechos que imputaba eran falsos o sin preocuparse de comprobar su veracidad y asumiendo la eventual falsedad de la imputación que realizó.

Ahora bien, esta primera tesis que se acaba de comentar nos aboca a una conclusión político-criminal muy insatisfactoria, porque conduce a dejar sin responsabilidad penal al partícipe que poseía un conocimiento correcto de los hechos (o sea, sabía que la imputación era objetivamente falsa), desde el momento en que la conducta del autor que obra con vera-

cidad subjetiva ya no sería típica. Ni que decir tiene que la única conclusión político-criminalmente satisfactoria sería aquella que en el caso planteado permitiese castigar al partícipe.

Pues bien, este inconveniente puede soslayarse si se acoge la segunda de las posibilidades interpretativas antes apuntada, en el sentido de que las expresiones en comentario tienen su sede en el ámbito de la justificación o (según la terminología de la concepción significativa) en el ámbito de la ilicitud o antijuridicidad formal.

Para entenderlo así hay que partir de la base de que las referidas expresiones subjetivas aparecen claramente vinculadas al contenido del derecho a informar, desde el momento en que permiten garantizar que no se castigue penalmente a quien difunde una noticia atentatoria contra el honor si cumple con una de las exigencias básicas del ejercicio legítimo de dicho derecho, es decir, el deber de comprobar con diligencia la veracidad de los hechos imputados²⁰⁰. La legitimidad de este derecho depende de la concurrencia de requisitos de naturaleza tanto objetiva como subjetiva: entre los primeros destaca la trascendencia pública del hecho imputado; los de naturaleza subjetiva se concretan en una comprobación diligente de su veracidad, de tal modo que proporcione al informador la convicción de estar difundiendo una noticia cierta (aun cuando *a posteriori* resulte ser falsa). Únicamente en este caso se tratará de una información veraz, en el sentido regulado en el art. 20.1.d) de la Constitución. Y viceversa, consecuentemente, una información será inveraz cuando el informador cree que es falsa o cuando carece de datos racionales que le permitan tenerla por verdadera. En fin, esta es la razón por la que se afirma que las expresiones que se analizan (ciertamente redactadas en sentido inverso, como queda dicho) poseen la naturaleza de elementos subjetivos de la justificación, en la medida en que la acreditación de la no concurrencia de tales elementos anímicos se erige en presupuesto esencial del ejercicio legítimo del derecho a la información²⁰¹.

Así las cosas, si examinamos esta segunda posibilidad hermenéutica desde la perspectiva de la concepción significativa, podemos comprobar dos cosas. De un lado, que la conducta de quien imputa un hecho calumnioso o injurioso a otro sería siempre típica aunque después pueda quedar amparada por la causa de justificación, si en el momento de la imputación concurre la veracidad subjetiva. De otro lado, que el partícipe que sabe que la imputación es falsa (o cree, con inveracidad subjetiva, que es falsa) puede responder por su contribución al hecho típico del autor, aunque éste quede amparado por la causa de justificación (o de exclusión de la ilicitud) del derecho a informar, desde el momento en que esta eximente (al ser personal, como todas las causas de exclusión de la ilicitud) solo cubre a aquella persona en la que concurren los presupuestos de la justificación y no se proyecta sobre el partícipe, siendo así que para el castigo de éste basta con la accesoriedad referida a un tipo de acción ofensivo para un bien jurídico penalmente protegido, puesto que esta es la norma que se identifica con la antijuridicidad material y la que sirve de regla intersubjetiva, conclusión a la que, ciertamente, no podría llegarse si se parte de la tesis dominante en materia de accesoriedad de la participación, dado que en esta tesitura, conforme al criterio de la accesoriedad limitada, la presencia de una causa de justificación en el autor impide ya el castigo de quien participa en la conducta realizada por éste.

Pudiera pensarse que esta conclusión resulta insatisfactoria, puesto que supone calificar como penalmente típica la mera (o, mejor dicho, la nuda) imputación de hechos (en su caso, delitos o infracciones penales) que lesionan la dignidad de otra persona, con independencia de saber si esa imputación se efectuó con veracidad subjetiva (que, como queda dicho, sólo se analizará después al comprobar si existen causas de justificación)²⁰².

Sin embargo creo que ello resulta adecuado atendiendo a una ponderación de los bienes jurídicos implicados, de conformidad con las pautas trazadas por el TC para establecer los

límites de preferencia de la libertad de información frente al honor²⁰³, y creo además, en particular, que, desde la perspectiva de la concepción significativa, la tutela de dichos bienes jurídicos recibe una respuesta plenamente satisfactoria.

En efecto, en primer lugar permite preservar en todo caso el derecho a la libre información, porque el sujeto (autor o partícipe) que actúa con veracidad subjetiva (en el momento de difundir la información, tras un diligente contraste de sus fuentes) queda amparado ya por la causa de justificación regulada en el art. 20-7 CP, con lo que su actuación (si bien es típica) no es ilícita, con independencia de la comprobación de la falsedad objetiva, que no es un presupuesto objetivo de dicha causa y que, por tanto, puede aparecer *ex post*²⁰⁴.

Y permite preservar plenamente también el bien jurídico del honor, porque —como queda dicho— abre la vía para poder castigar penalmente al partícipe que obra con inveracidad subjetiva y, que por tanto, no puede quedar amparado por la causa de justificación del art. 20-7 CP (el partícipe realizaría una conducta ilícita, en la que concurre la anti-juridicidad formal), puesto que en él no concurren los presupuestos de la justificación, y que solo quedará exento de pena, en su caso, si concurren los requisitos para aplicar la *exceptio veritatis*, configurada en el vigente CP como una causa de exclusión de la punibilidad. Recuérdese al respecto que, conforme a la interpretación que aquí se sostiene, la conducta de quien imputa hechos que resultan objetiva o materialmente lesivos para el honor de otro es una conducta que realiza un tipo penal y, por ello, de acuerdo con los postulados de la concepción significativa, es una conducta en la que cabe la participación criminal. A partir de ahí la conducta de los intervinientes podrá quedar después justificada (y no concurrir la antijuridicidad formal), pero ello habrá de ser acreditado personalmente en cada interviniente.

B) EL MANIFIESTO DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS

Es cierto que desde la introducción en nuestro CP del denominado delito de «conducción homicida» la doctrina mayoritaria ha venido afirmando que el elemento característico de esta figura (inicialmente descrito como «consciente desprecio por la vida de los demás») hace referencia al dolo eventual²⁰⁵; pero, evidentemente, esta afirmación debe ser ulteriormente matizada en el sentido de que se trata de un dolo eventual de *homicidio*²⁰⁶.

De ahí que, a mi juicio, sería más correcto afirmar que el citado elemento expresa una actitud interna que *equivale* a un dolo eventual de homicidio, o sea, un dolo referido al previsible resultado lesivo para la vida, pero advirtiendo además de que la causación de la muerte de otro no es un elemento explícito del tipo del delito del art. 381 CP y que entonces el dolo de este delito debe limitarse a abarcar la acción de la conducción manifiestamente temeraria y, en concreto, manifiestamente despreciativa hacia la vida de los demás. Y este sería además todo el contenido del dolo en el caso del tipo del apartado 2 del art. 381, que no requiere el peligro concreto como elemento típico.

Con todo, conviene aclarar que en el tipo del apartado 1 del art. 381 el dolo debe abarcar además el peligro concreto que la conducción causó para la vida o la integridad de las personas, dado que esta clase de peligro es un elemento del tipo de dicha figura (según se desprende inequívocamente de la formulación del precepto «realizarse la conducta descrita en el artículo anterior»), con lo que aquí sí podría sostenerse la afirmación de que, en realidad, se está tipificando una tentativa de homicidio. En cambio, dicho peligro no es un elemento del tipo de la figura del apartado 2 del art. 381, cuyo contenido, por tanto, se circunscribe a una conducción manifiestamente temeraria y manifiestamente despreciativa por la vida de los demás²⁰⁷.

Así concebido, el «manifiesto desprecio por la vida de los demás» se configura como un ele-

mento de la actitud interna que viene a *añadir* algo a la conducta objetiva base de conducir con temeridad manifiesta. Como se deduce ya con claridad de la formulación lingüística del art. 381-1, el comportamiento definido en éste consiste en «realizar la conducta descrita en el artículo anterior» (que ciertamente contiene además la puesta en concreto peligro de la vida o la integridad de las personas) con la concurrencia agregada de un «manifiesto desprecio por la vida de los demás». Por consiguiente, se revela ante todo como un elemento subjetivo del tipo que resulta imprescindible para caracterizar la acción del delito del art. 381 y que permite diferenciarlo del delito del art. 380. Ahora bien, no es solo un elemento subjetivo, dado que dicha expresión contiene al propio tiempo una referencia objetiva: se trata, por

ende, de un elemento mixto objetivo-subjetivo en el sentido más arriba apuntado, puesto que, si bien es cierto que el desprecio por la vida de los demás se muestra *prima facie* como una disposición del ánimo (equivalente, como queda dicho, a un dolo eventual de homicidio), no lo es menos que esta disposición anímica (aparte de exigir criterios externos para su acreditación) debe plasmarse en la conducta llevada a cabo por el agente de un modo tal que comporte un incremento del desvalor objetivo de la acción y consecuentemente un incremento del injusto. Cabría decir al respecto que en el delito del art. 381 la conducta de conducción temeraria debe revestir una gravedad objetiva superior a la definida en el art. 380; es, por así decirlo, una conducción temeraria cualificada²⁰⁸.

NOTAS

1. En la doctrina española vid. por todos POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972; GUARDIOLA GARCÍA, «Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, 2001.

2. Menciono solo la doctrina alemana, dado que en la italiana la institución del «*dolo specifico*» (anterior, por cierto, a la germánica) no surge históricamente vinculada al tipo ni a la antijuridicidad, sino al dolo (concebido además como forma de culpabilidad), posición que se mantiene mayoritariamente en la actualidad, con las excepciones a las que aludiré después.

3. Vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996, especialmente págs. 203 ss. (2ª ed., *Fundamentos del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales*, 2ª edición, Valencia 2011, págs. 219 ss.), y el *Estudio preliminar* a cargo de JIMÉNEZ REDONDO, págs. 33 ss. (2011, págs. 51 ss.).

4. Vid. infra 3.C.b)

5. Vid. por todos ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte general*, 3ª ed., Valencia 2011, págs. 244 ss., QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, 4ª ed., Pamplona 2010, pág. 280.

6. Muy revelador es el auto de archivo (nº 454/2010) de la AP de Ourense (caso Quintana vs. Baltar) en el que se parte de la premisa de que «elemento común a calumnias e injurias, de carácter subjetivo o finalista, es el propósito de atentar al honor», de tal modo que «si no hay una voluntad auténtica de ofender en su honor al calumniado o injuriado no existe el delito».

7. Vid. infra 3.B.c)

8. BETTIOL/PETOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, 12ª ed., Padova, 1986, págs. 293 s.

9. Vid. ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia 1999, pág. 401, quienes, con todo, aclaraban que tales peligros provienen del entendimiento de tales elementos como designaciones de «cosas que pasan en la mente», y cuya comprobación es imposible. En cambio, «si entendemos que los elementos

subjetivos se hallan referidos al sentido de la acción, que es exterior, público e intersubjetivamente comprobable, los peligros denunciados disminuyen».

10. Cfr. COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 398, quienes añaden que ello explica la muy diversa acogida que han tenido: unos han desorbitado no sólo su misma presencia, sino también su función y extensión, debido a su concepción de la antijuridicidad basada en supuestos subjetivos; otros, desde un objetivismo radical, y una consideración del tipo como valorativamente neutro, los han negado absolutamente.

11. Cfr. VIVES, 2011, pág. 239.

12. Cfr. VIVES, 2011, pág. 238, n. 55 y pág. 239. Sobre la *gramática* de la intención, vid. ulteriores consideraciones en VIVES, 2011, págs. 240 ss.; vid. además RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia 2008, II.2.2.

13. Cfr. VIVES, 2011, pág. 259

14. Cfr. VIVES, 2011, págs. 286 s. Vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 244.

15. Además de VIVES (2011, pág. 492) consideran también que, a partir de las premisas de la concepción significativa, el dolo y la imprudencia deben ser ubicados en el seno de la pretensión de ilicitud: GÓRRIZ ROYO, *Proyecto docente e investigador* (inédito), Castellón 2005, págs. 371 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Valencia 2011, págs. 320 ss.; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 289 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, 2008, págs. 444 ss.

16. Cfr. VIVES, 2011, pág. 287, quien ejemplifica que esto es lo que sucede con *mentir*, que es un tipo de acción relevante para el delito de falso testimonio (con relación a este ejemplo propuesto por VIVES vid. *infra* 3.D. Vid. también ya antes COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402; vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 244 y 248.

17. En la doctrina española es usual que se mencione el ejemplo del ánimo de lucro. Vid. por todos CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid 1998, pág. 120; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 401; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia 2012, L.16/10; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona 2011, L.10/141; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 244; SUÁREZ-MIRA, en SUÁREZ-MIRA/JUDEL/PIÑOL, *Manual de Derecho penal. T. I, Parte General*, 6ª ed., Madrid 2011, pág. 124.

18. Vid., por todos, BAJO/PÉREZ MANZANO, en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid, 2ª ed., Madrid 1993, pág. 82; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia 1998, págs. 125 s.; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, pág. 187. De otra opinión, coherentemente con su premisa, vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 83, quien entiende que entonces «el ánimo de lucro se agota con la producción de aquello que objetivamente requiere la descripción típica» y que «el decurso ulterior del patrimonio del sujeto, la suerte `definitiva` del objeto o la cantidad en cuestión, escapa ya del ánimo de lucro».

19. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, Madrid 1978, pág. 259.

20. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid 1984, pág. 237.

21. VIVES, 2011, págs. 239 s.

22. Cfr. VIVES, 2011, págs. 261 s. Vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 248 ss.

23. Como ya subrayó (WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 2ª ed., trad. A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona 2002, págs. 305 ss. y 570 ss.), cuando se trata de estados y procesos mentales propios, no pueden observarse, porque no se *ven*, sino que se *viven*; cuando son ajenos sólo cabe observar sus *manifestaciones externas*.

24. Vid. además VIVES, 2011, págs. 266 s., quien hace hincapié en el error *gramatical* (o *categorial*) de concebir los elementos subjetivos como si fueran objetos físicos (eso sí, incorpóreos), situados en la mente de alguien, y entender que sólo resultan visibles para él, mientras que los demás han de presumir su existencia por signos externos.

25. Cfr. VIVES, 2011, pág. 271. En el mismo sentido vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., pág. 247; ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción*, en LH Vives, t. II, Valencia 2009, págs. 1483 ss.; ORTS/G. CUSSAC, P.G., p. 243; GÓRRIZ, 2005, págs. 321 ss.
26. Vid. sobre ello RAMOS VÁZQUEZ, *Un «proceso interno» necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo*, en LH Vives, Valencia 2009, pág. 1645.
27. Vid. VIVES, 2011, pág. 656, quien añade que tales criterios nunca podrán ser absolutamente seguros, ni constituir «ciencia» alguna, pero pueden proporcionar una seguridad «suficiente», que nos permita entendernos al hablar y valorar correctamente nuestras acciones. Vid. también GUARDIOLA, 2001, pág. 93.
28. WITTGENSTEIN, *Últimos escritos, II*, pág. 119, citado por VIVES, 2011, pág. 656.
29. Cfr. VIVES, 2011, pág. 271, nota 151, citando como ejemplo paradigmático lo que sucede con el *animus iniuriandi* en los delitos contra el honor. Sobre este ejemplo vid. además ya anteriormente VIVES ANTÓN, en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993, págs. 691 s.
30. Cfr. VIVES, 2011, pág. 271, y nota 152, quien añade «pues si la intención reside en el fondo del alma, de ningún modo podrá desvirtuarse cualquier atribución de intención: el ánimo no se puede exhibir». Vid. además ORTS/G. CUSSAC, P.G., pág. 249.
31. Sobre ello vid. *infra* epígrafe 3.C.c)
32. Otro delito estructuralmente similar sería, v. gr., el contenido en el art. 386 párrafo 2º (tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución).
33. La jurisprudencia se basa habitualmente en una serie de indicios para probar que la posesión es para el tráfico (o sea, el «ánimo de traficar»). Vid. por todos ORTS BERENGUER, en VIVES/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia 2010, pág. 609; JOSHI JUBERT/PASTOR MUÑOZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, págs. 258 s.
34. Vid. VIVES, 2011, págs. 267 s. Vid. además ORTS/G. CUSSAC, P.G., págs. 249 s., y, en referencia concreta a los elementos subjetivos del tipo, vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 92. A favor también de construir normativamente los elementos subjetivos en el sector del Derecho penal económico, pero partiendo de un enfoque funcionalista, vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura, 2003, págs. 518 y 539 s., quien propone recurrir a «las competencias de conocimiento del agente económico y sus circunstancias personales».
35. Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia 1990, págs. 29 ss. y 303 ss., que es partidario del enfoque psicológico individual para la formulación y constatación de los elementos subjetivos. Para una crítica a este enfoque vid. además, desde otros presupuestos metodológicos, RAGUÉS VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999, págs. 205 ss.
36. Vid. en esta dirección las interesantes reflexiones de PAREDES CASTAÑÓN, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001-b, págs. 67 ss., con ulteriores referencias doctrinales; vid. además PÉREZ MANZANO, *Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo*, en L.H. Gimbernat, Madrid 2008, págs. 1459 ss., quien se ocupa específicamente de la cuestión de los *déficits* probatorios o de aplicabilidad de las teorías psicológicas.
37. Cfr. VIVES, 2011, págs. 271 s.
38. PÉREZ MANZANO, 2008, pág. 1462.
39. Para la opinión dominante siempre ha sido evidente también que el tipo no existe si no concurre el (necesario) elemento subjetivo en el autor, mientras que, en cuanto al partícipe, basta con que éste *sepa* que tal elemento concurre en el autor. Y, por supuesto, en la coautoría el elemento subjetivo debe concurrir en todos los sujetos. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996 (hay trad. de M. Olmedo Cardenete, Granada 2002), § 30, III.

40. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, Valencia 2013, *passim*.
41. Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Aufl., München 2006, (hay traducción española de la 2ª ed. alemana de Luzón/Díaz/De Vicente, Madrid 1997), § 10, Rn. 61.
42. Hay que resaltar la coincidencia que en este punto se produce con el pensamiento clásico. De nuevo, es ilustrativa la posición de RODRÍGUEZ MOURULLO (*P.G.*, págs. 259 s.), quien, al aludir a la distinción entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto sobre la base de la doctrina social de la acción, afirmaba que «desde el punto de vista metódico, el tipo es conceptualmente previo al dolo. La existencia de dolo se comprueba tan sólo después de conocer los elementos del correspondiente tipo, y precisamente proyectando la falsilla del tipo sobre el contenido de voluntad que conforma ontológicamente la acción...».
43. Así cfr. QUINTERO, *P.G.*, pág. 342.
44. Vid. por todos, LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/20.
45. Cfr. LUZÓN, *ibid.* L.16/21.
46. Vid. por todos GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, G. Quintero dir., 3ª ed., Elcano 2002, pág. 1423.
47. Vid. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, FS f. Frank, Tübingen 1930, pág. 287 ss., quien, partiendo de una concepción psicológica del dolo, entendía que el dolo sólo puede ir referido a lo objetivo externo, dado que pensar en un conocimiento y una voluntad de lo sabido y querido sería absurdo.
48. La peculiaridad de la institución del *dolo specifico* hace que carezca aquí de utilidad examinar por qué la doctrina italiana dominante admite, empero, que dicha figura se revela como un objeto más del dolo genérico (vid. por todos GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova 1996, pág. 341), algo aceptado incluso por el sector minoritario (vid. PICOTTI, *Il dolo specifico: un indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Milano 1993, págs. 570 ss.).
49. Vid. por todos ROXIN, A.T., § 12, Rn. 114.
50. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general, I*, Madrid 199, pág. 408, quien, de forma clarificadora, razona que «lógicamente tampoco hace falta requerir su conocimiento (scil. el de los elementos subjetivos específicos), pues si se actúa con el ánimo o disposición de ánimo en cuestión, ello ya implica que el sujeto lo sabe»; el elemento volitivo del dolo exige solo «querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento» (pág. 411). Vid. además QUINTERO, *P.G.*, pág. 342 y, ya anteriormente, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, págs. 205 y 237.
51. Vid. VIVES, 2011, págs. 266 s. Vid. además GUARDIOLA, 2001, pág. 88, quien, en referencia a los elementos subjetivos del tipo, añade que plantear que un elemento volitivo sea «querido» carece de sentido, porque «sobre los elementos psíquicos no puede formularse un nuevo juicio volitivo, cuando menos no en cuanto al Derecho penal interesa en sede de relevancia típica».
52. Cfr. ROXIN, A.T., § 12, Rn. 114.
53. Cfr. ROXIN, A.T., § 12, Rn. 115.
54. Vid. GUARDIOLA, 2001, págs. 88 y 91.
55. Vid. GUARDIOLA, 2001, págs. 88 s., quien agrega que el autor «podrá, eso sí, errar sobre las circunstancias objetivas que tengan influencia en ellos; pero este error no puede recibir el tratamiento previsto en el artículo 14 del CP, porque no es un error sobre elementos típicos ni sobre la antijuridicidad de la conducta».
56. Vid. ROXIN, A.T., § 10, Rn. 1-6.
57. Con esa premisa, escribe ROXIN (Rn. 5) «difícilmente podrá el propio dolo ser objeto de un error de tipo».

58. Recuérdese que para la doctrina dominante el *dolo específico* es una especie de dolo, caracterizado mayoritariamente como forma de culpabilidad (vid. por todos GELARDI, págs. 337 ss.). Eso sí, existe un sector que entiende que no es dolo, por lo que corresponde al ámbito de la tipicidad (vid. PICOTTI, págs. 497 ss.).

59. Vid. por todos ROXIN, A.T., § 10, Rn. 71.

60. Merece ser destacada la referencia a la distinción entre los elementos subjetivos del injusto y «los elementos objetivos de la actitud interna», que en su día recogió GÓMEZ BENÍTEZ (1984, pág. 240). En la moderna doctrina aluden a tales elementos de la culpabilidad, p. ej., COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 403, GUARDIOLA, 2001, pág. 80, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia 2010, pág. 359.

61. Vid. singularmente LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/11.

62. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, I, 3 y § 42, II, 3.

63. Cfr. ROXIN, A.T., § 10, Rn. 71.

64. Para la comprensión de estos elementos es fundamental la monografía de SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen 1958, por más que en trabajos posteriores este autor modificase su concepción originaria.

65. Vid. por todos ROXIN, A.T., § 10, Rn. 78, quien añade que cuando tales elementos poseen efecto agravatorio, no están exentos de reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, puesto que vinculan la punibilidad a la valoración judicial de momentos internos difícilmente comprobables.

66. Cfr. ROXIN, *ibid.*, Rn. 79.

67. WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª alemana por J. Bustos y S. Yáñez, 4ª ed. castellana, Santiago de Chile, 1993, pág. 95.

68. LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/11.

69. Vid. MIR PUIG, «Los términos “delito” y “falta” en el Código penal», en *ADPCP*, 1973, págs. 332 ss.

70. Vid. MIR, *P.G.*, L. 10/144. Ello no obstante, sería preferible desgajar los delitos con elementos de actitud interna de los delitos con elementos de tendencia intensificada, puesto que, en rigor, se trata de elementos de diversa naturaleza (cfr. en este sentido LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/17); es más, a mi juicio, esta última categoría no existe.

71. GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pág. 241.

72. Vid. por todos LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/16 y 53; QUINTERO, *P.G.*, pág. 280; RAMOS TAPIA, en J.M. Zugaldía (dir.) *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia 2010, pág. 284, citando, respectivamente, los ejemplos de los arts. 217, 301, 320, 322, 329 y 446; los de los arts. 255-2, 346, 449 y 459; y los de los arts. 270-2, 281 y 408.

73. COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 403. Téngase en cuenta que estas afirmaciones, al inscribirse en un enfoque neoclásico, van referidas a la culpabilidad como concepto general que incluye también el dolo.

74. Vid. PICOTTI, págs. 295, 507, 547 y 558 ss., para quien el tipo portador de un elemento de esta índole se caracteriza por ser un «nexo instrumental», esto es, por la relación de «medio a fin» que liga el hecho-base *objetivamente* descrito con un determinado fin del agente indicado solo *subjetivamente* (págs. 501 s.); ello le permite distinguirlo claramente del dolo (págs. 507 s.) y de los meros motivos (págs. 526 ss.).

75. Así, vid. ROXIN, A.T., § 10, Rn. 75, criticando con razón la opinión contraria de algunos autores.

76. Vid. ROXIN, *ibid.* En sentido próximo vid. en la doctrina italiana PICOTTI, págs. 211 s., quien añade que, al lado de la fórmula lingüística empleada, habrá que acudir al contexto gramatical y sintáctico, así como (pág. 499) a la estructura del delito de que se trate.

77. Vid. FINZI, «Il cosiddetto «dolo specifico»: volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato», en *Studi in memoria di A. Rocco*, I, Milano 1952, págs. 396 s.; posteriormente GELARDI (págs. 156 ss.) señala que el *dolo specifico* se caracteriza por su «trascendencia», o sea, por su proyección sobre algo distinto y añadido a la conducta típica, y PICOTTI (pág. 518 s.) subraya que ha de ser «extrínseco» a la conducta externa.

78. GUARDIOLA, 2001, pág. 73.

79. Repárese en que con esta interpretación (que es discutida de *lege lata*) se concebiría el delito de hurto como un delito de intención, y no como un delito de tendencia intensificada, según explicaré posteriormente.

80. En el seno de la doctrina italiana dominante GELARDI (págs. 156 ss.), partiendo de la aludida base de que el carácter «trascendente» es un elemento diferenciador del *dolo specifico*, excluye también de esta categoría los casos de los delitos de tendencia intensificada.

81. A diferencia de los delitos de intención, en los delitos de tendencia interna intensificada y en los de expresión el ánimo o tendencia se proyecta sobre la propia conducta típica objetiva o sobre un elemento de ella (vid. por todos LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/15 y 16), con lo que el autor no busca algo que esté más allá de la acción objetivamente típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico (cfr. MIR, *P.G.*, L.9/42 y L. 10/144).

82. Cfr., p. ej., CEREZO, *P.G.*, II, pág. 122; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 401; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 3ª ed., Valencia 2011, pág. 188; GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pág. 239; MIR, *P.G.*, L. 10/143; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid 1986, pág. 137; RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, pág. 254, SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 124.

83. Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, *El hurto propio*, Madrid 1946, págs. 180 ss., DÍAZ PALOS, «Ánimo de lucro», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, C.E. Mascareñas dir., Barcelona 1950, GUARDIOLA, 2001, pág. 83.

84. Cfr. LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/13ss.

85. GUARDIOLA, 2001, pág. 83.

86. Como, v. gr., CEREZO, *P.G.*, II, pág. 122, o SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 125.

87. Vid. por todos MEZGER, *Derecho penal. Parte General*, (trad. Finzi), Buenos Aires 1958, pág. 279.

88. En la doctrina española vid. por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, págs. 329 s., quien añade que en la tentativa concurren los dos fundamentos que informan la categoría de los elementos subjetivos del injusto: resolver la equívocidad del aspecto objetivo y anticipar la línea de punibilidad.

89. Vid. COBO/VIVES, *P.G.*, págs. 727 s., quienes aclaran que la realización de actos ejecutivos constituye únicamente el elemento objetivo de la tentativa y que, por su propia naturaleza, ésta requiere además una resolución delictiva que constituye un elemento subjetivo del injusto. Ahora bien, este elemento presenta una doble dirección: «el querer ha de abarcar los actos que se realizan y, además, ha de hallarse dirigido a la realización de la totalidad de los elementos del delito consumado».

90. Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. Berlin 1969 (=Welzel LB), págs. 60 s.

91. En nuestra doctrina vid. por todos CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, Madrid 2001, pág. 185, quien señala que la tentativa requiere dos elementos, el dolo y un principio de ejecución, y que el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el del delito consumado; DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, págs. 497 ss. y págs. 504 ss., quien incluye como elementos: el principio de ejecución y «la resolución delictiva o dolo» y subraya que el dolo que ha de concurrir es el del delito consumado, por lo que no basta con que se dé un dolo de realizar la tentativa de delito.

92. Cfr. MIR, *P.G.*, L.13/78, quien aclara que, «puesto que la tentativa acabada requiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad de ejecutar tales actos efectivamente manifestada puede y debe equivaler a la voluntad de consumación», esto es, requiere «el mismo dolo que el delito consumado».

93. Cfr. MIR, *P.G.*, L.13/77 (subrayados en el original).

94. Se le ha objetado fundamentalmente que confunde el hecho (cierto) de que el dolo debe persistir durante toda la realización del delito con la errónea creencia de que el dolo es un elemento que se va configurando a medida que se progresa en la realización del tipo, de tal forma que solo se daría plenamente una vez consumado el delito. Vid., p. ej., CERESO, *P.G.*, III, pág. 185, DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, pág. 500, GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid 1999, págs. 242 ss.

95. Dentro del marco de la concepción significativa, vid. ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 258, quienes, si bien no se pronuncian explícitamente sobre la existencia de un específico elemento subjetivo distinto del dolo, parece que implícitamente se orientan en esta línea, al escribir: «la tentativa precisa de un elemento subjetivo, que ... exige una voluntad de llevar a cabo los actos ejecutivos realizados y, además, también ha de abarcar como finalidad la realización total, o sea, la consumación, del hecho delictivo concreto».

96. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, pág. 138.

97. Vid. ya COBO/VIVES, *P.G.*, págs. 402 s., quienes ejemplifican que «un individuo que trepa por una fachada realiza una conducta impune si lo hace, v. gr., por puro equilibrismo. La presencia del ánimo de robar o del de allanar la morada ajena es lo que dota a su conducta de la lesividad potencial indispensable para estimarla penalmente relevante, en principio».

98. Como ya razonaba acertadamente RODRÍGUEZ MOURULLO (*P.G.*, pág. 330), «en ocasiones ciertos actos contemplados únicamente en su dimensión objetiva resultan equívocos, de tal manera que no puede determinarse si constituyen tentativa o no, más que apelando al plano subjetivo y comprobando la presencia o ausencia de la intención de consumir el delito».

99. Vid., p. ej., JESCHECK/WEIGEND, A.T. § 49 III 1 b: «la tentativa exige el tipo subjetivo completo», en el sentido de que «también deben existir, además del dolo como general elemento subjetivo del tipo, los *especiales elementos subjetivos típicos* que exija el delito en cuestión, ya que en la estructura del concepto de delito se sitúan al mismo nivel que el dolo». Y ello porque «lo único que falta en la tentativa es la consumación del tipo objetivo» (§ 30 III 3).

100. Vid. por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. Córdoba/G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona 1972, pág. 110; MIR, *P.G.*, L. 9/38 ss.

101. Cfr. GUARDIOLA, 2001, pág. 88, siguiendo a ZIMMERL («Zur Lehre vom Tatbestand», *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 237, Breslau 1928, pág. 37).

102. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *ibid.*, MIR, *P.G.*, L. 9/45

103. Vid., p. ej., GUARDIOLA, 2001, pág. 79.

104. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, I, 1. En la doctrina española vid. ya, p. ej., OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *P.G.*, pág. 136. Modernamente vid. por todos RAMOS TAPIA, *P.G.*, pág. 283, citando, respectivamente, los ejemplos de los arts. 221 y 263-2-1.

105. Y no me refiero únicamente a los que pudiéramos calificar de remotos, representados por el *animus* en el Derecho romano clásico y justiniano y su evolución posterior (sobre ello, vid. por todos GELARDI, 1996, págs. 21 ss.), sino también a todas aquellas construcciones que son anteriores al nacimiento dogmático de la categoría, que obtuvo carta de naturaleza con la doctrina penal alemana de principios del siglo XX, de la mano de HEGLER (*Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW, XXXVI, 1915) y M. E. MAYER (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg 1915) y con la difusión que le otorgó MEZGER (*Die subjektiven Unrechtselemente, Der Gerichtssaal*, LXXXIX, 1924).

106. El conocido calificativo entrecomillado es de MEZGER, 1924, pág. 258.

107. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, I, 3.

108. Vid. WELZEL, *P.G.*, págs. 51 y 60.

109. Vid. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho penal, t. I, de R. Maurach*, Barcelona 1962, Nota 28 al § 22; vid. además *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona 1963, págs. 18 ss.

110. Esta razón de ser de los elementos subjetivos del tipo fue apuntada ya con carácter general por RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, ADPCP, 1965, págs. 62 ss.

111. RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, pág. 329. En la doctrina italiana suele señalarse también que en algunos supuestos los elementos subjetivos cumplen una función de adelantamiento de la punibilidad (vid. por todos GELARDI, págs. 167 ss., añadiendo que la admisibilidad de esta construcción depende de la efectiva puesta en peligro con una acción idónea y de que se esté tutelando un bien jurídico de relevancia constitucional y susceptible de una tutela anticipada).

112. Ambas funciones concurren conjuntamente también en la tentativa, algo que es reconocido asimismo por RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, 329

113. LUZÓN (*Lecciones, P.G.*, L.16/10) pone el ejemplo de quien toma sin consentimiento una cosa ajena para utilizarla temporalmente o solo para poder alcanzar otra cosa suya que estaba debajo (p. ej., un abrigo). Y algo similar cabría predicar de otros ejemplos, como, v. gr., el de la posesión de drogas con la finalidad de traficar o el de la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución.

114. Recurre a estos ejemplos para explicar la función de adelantamiento de la línea de punibilidad: RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, pág. 329.

115. En la doctrina italiana ha propuesto GELARDI (págs. 322 ss.) sustituir las locuciones referidas a momentos anímicos por expresiones objetivas reveladoras de una idoneidad causal del comportamiento base.

116. Ejs., posesión de drogas para traficar (LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.12/34), tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución (COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 435, MIR, *P.G.*, L.9/41).

117. Estos delitos se distinguen de los mutilados de dos actos en que no exigen necesariamente una segunda actividad del autor: p. ej., falsedades para causar un perjuicio a tercero (COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 436, LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.12/34), celebración de matrimonio inválido para perjudicar al otro contrayente (MIR, *P.G.*, L.9/41).

118. Una fundamentación así concebida carece de significado desde la perspectiva que aquí nos interesa. Es más, cabe objetar que no se trataría de una fundamentación propiamente dicha, porque lo que ofrece es simplemente la descripción de una técnica legislativa.

119. Cfr. LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.12/34.

120. Cfr. COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 435.

121. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 79; NÚÑEZ CASTAÑO, en GÓMEZ RIVERO (coord.) *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid 2010, pág. 202. En la doctrina italiana suele señalarse también que en algunos supuestos los elementos subjetivos cumplen una función restrictiva de la punibilidad (vid. por todos GELARDI, págs. 167 ss. y 304 ss., añadiendo que en tales casos el elemento subjetivo ha de asociarse siempre a una conducta-base de por sí idónea, «*in abstracto*», para el fin en cuestión).

122. Así, vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 79, quien, tras hacerse eco de las funciones propuestas en la doctrina añade que «en rigor, a mi juicio, formalmente operan siempre restringiendo la punibilidad de aquello objetivamente descrito en el tipo; y materialmente la conducta objetivamente descrita en el tipo se formula, en su caso, con tal amplitud porque se quiere fijar el umbral de punibilidad en un momento independiente ('anterior', en este sentido, si se quiere, aunque no siempre) al de la realización del objeto del elemento subjetivo».

123. Vid. por todos MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid 1989, págs. 45 ss.

124. Como bien indica LUZÓN (*Lecciones P.G.*, L.16/10), operando con el ejemplo del hurto, si falta el elemento subjetivo, «la conducta, no es que sea típica pero no culpable, sino que no está siquiera penalmente prohibida, no es típica».

125. Recuérdese que, como bien escriben COBO/VIVES (*P.G.*, pág. 400), el elemento subjetivo confiere «el potencial lesivo al injusto del hecho».

126. Vid. ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 243: «existen conductas que ... si se realizan sin ese espacial ánimo ... no poseen el significado necesario para crear un riesgo o para dañar el bien jurídico».

127. Vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 81.

128. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 85, LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, Valencia 2002, págs. 133 ss., QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 5ª ed., Barcelona, 2008, págs. 309 s., y bibliografía que se cita. La opinión contraria es en la actualidad claramente minoritaria: vid. singularmente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia 2010, pág. 300, SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 125.

129. Vid. por todos VIVES, P.E., 1993, págs. 677 ss., y en VIVES/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia 2010, pág. 341.

130. En la doctrina extranjera también se viene a reconocer que en los delitos contra el honor este problema debe ser resuelto en sede de antijuridicidad. En la doctrina italiana vid. PICOTTI, págs. 106 y 109.

131. Vid. indicaciones jurisprudenciales en LAURENZO, 2002, págs. 133 s., n. 347.

132. Vid. la bibliografía que se cita en DÍEZ RIPOLLÉS, en J.L. Díez Ripollés/C. Romeo (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial, II*, Valencia 2004, arts. 178-183, NM 91, n. 249. En la doctrina italiana también goza de predicamento esta idea: vid. PICOTTI, págs. 144 ss.

133. Vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 87. Y, por supuesto, comparto la idea de que la formulación de determinados tipos (las denominadas figuras cualificadas) hace innecesario ya plantearse la posibilidad de que concurra un especial ánimo lascivo, porque «solo tienen un significado posible» (cfr. ORTS, 2009, pág. 1491, ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 245).

134. Vid. en este sentido ORTS, 2009, pág. 1492; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 245 s.

135. GUARDIOLA, 2001, pág. 87.

136. DÍEZ RIPOLLÉS, ComCP, arts. 178-183, NM 12 y 91.

137. Vid. en este sentido, por todos, ORTS BERENGUER, en T.S. Vives (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, t. I, Valencia 1996, pág. 944

138. Vid. especialmente DÍEZ RIPOLLÉS, ComCP, arts. 178-183, NM 9-12, 22,23 y 89-91.

139. Vid. ORTS, 2009, pág. 1492, quien añade (pág. 1493) acertadamente que algo similar sucede en los casos de intervenciones de actores en obras o espectáculos en los que han de simular (o incluso ejecutar) actos de carácter sexual. Vid. también ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 246.

140. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, ComCP, pág. 334. Recuérdese que este penalista (págs. 334 s.) identifica en el denominado tipo subjetivo de los delitos contra la libertad sexual dos elementos subjetivos diferentes del dolo: la tendencia de involucrar a otro en un contexto sexual y el ánimo lascivo o libidinoso.

141. Vid. críticamente, por todos, ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Madrid 1995, págs. 88 y s. Por ello, hay que elogiar la decisión de la LO 15/2003, que eliminó este elemento y asimiló plenamente el texto del art. 307 al del art. 305.

142. RODRÍGUEZ MOURULLO, «El nuevo delito fiscal», en *Revista española de Derecho financiero*, nº 15/16, 1977, pág. 722. Añadía este autor que lo normal es pensar que el contribuyente «hubiera preferido que ese lucro no fuese asociado a la defraudación, porque sabe que ésta es siempre, al menos en potencia, fuente de problemas para él» (págs. 722 y s.)

143. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 1995, págs. 56 y 89. Sobre la superfluidad del ánimo de lucro en los delitos de apoderamiento, vid. las interesantes reflexiones de DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona 1994, págs. 242 y ss. y 264 y s.
144. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 83.
145. Vid. por todos GÓMEZ TOMILLO, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Valladolid 2011, pág. 1815.
146. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *ibid.*
147. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 83.
148. Vid. por todos TAPIA BALLESTEROS, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Valladolid 2011, pág. 1782.
149. Sobre las dificultades del concepto de motivo vid. ya en nuestra doctrina DÍEZ RIPOLLÉS, *La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, ADPCP 1979, págs. 94 ss.
150. Vid. por todos LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, págs. 370 s. Vid. además DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal*, en LH Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 517, subrayando algo que reviste interés desde el enfoque metodológico del presente trabajo, a saber, que lo que realmente «dota de relevancia penal al ilícito» es «la significación xenófoba, sexista, etc.».
151. Vid. LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos XIX*, 1996, págs. 281 ss.
152. En la línea propuesta en su día por STRATENWERTH, *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, FS f. H. von Weber, Bonn 1963, págs. 171 ss.
153. Vid. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada 2001, págs. 185 ss., quien por ello considera, con razón, inadecuada la tesis de MIR, consistente en entender que se aumenta el injusto *subjetivo* del hecho.
154. Cfr. LANDA, 2000, pág. 370.
155. DOPICO, 2003, págs. 522 s.
156. LANDA, 2000, pág. 190.
157. Vid. LANDA, 2000, pág. 371, y, en relación con la agravante del art. 22-4ª, 2001, págs. 185 ss., especialmente pág. 192. Vid. ya anteriormente, en cuanto a la referida agravante, LAURENZO, 1996, págs. 272 ss., especialmente pág. 281 y n. 118. En una línea similar vid. posteriormente DOPICO, 2003, págs. 508 ss.
158. En algunos delitos socioeconómicos se observa una opinión favorable a sobreentender un elemento subjetivo consistente en el «ánimo de perjudicar» al sujeto pasivo; sirvan de ejemplo los delitos de los arts. 312-1 y 313 CP. Sin embargo, semejante interpretación carece ya de todo sentido a la vista del contenido de injusto de tales delitos. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia 2011, págs. 693, 695 y 708.
159. GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales* (En el Código penal de 1995), Valencia 1997, págs. 140 s.,
160. Vid. por todos ROXIN, AT, § 10/Rn. 84.
161. Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, págs. 299 s.

162. Ejemplos que recoge GARCÍA CANTIZANO, 1997, págs. 138 y 141.
163. Así lo reconoce la moderna doctrina. Vid. por todos NÚÑEZ CASTAÑO, en GÓMEZ RIVERO (coord.) *No- ciones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Madrid 2010, págs. 570.
164. En lo que atañe al delito de posesión de drogas, recuérdese que hasta la reforma del CP de 1983 no se incluía elemento subjetivo alguno. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que únicamente debería ser típica la conducta de posesión que estuviese destinada a un posterior tráfico, lo que motivó que se introdujese el elemento subjetivo como factor de restricción típica (vid. por todos BOIX REIG, en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993, pág. 345).
165. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996, pág. 306.
166. Vid. Diccionario de la RAE, 22ª ed. En su primera acepción, la preposición *en* «denota en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo al que se refiere» («Pedro está en Madrid. Esto sucedió en Pascua. Tener en depósito»); en la segunda equivale a la preposición *sobre*; en la tercera «denota aquello en que se ocupa o sobresale alguien»; en la cuarta «denota situación de tránsito»; en la quinta equivale la preposición *por* («lo conocí en la voz»); en la sexta equivale a la locución «luego que, después que»; en la séptima «denota el término de algunos verbos de movimiento»; en la octava (como uso etiquetado de antiguo) equivale a la preposición *con* («alegrarse en una nueva»).
167. Esta es la opinión de un sector doctrinal. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., págs. 52 ss. Sobre esta cuestión es básico el trabajo de PAREDES CASTAÑÓN («Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en L.H. Valle Muñiz, Pamplona 2001, págs. 1629 ss.), quien ha sometido convincentemente a revisión la tradicional perspectiva subjetivista para la interpretación de este delito, y ha propuesto sustituirla por un enfoque objetivo que permita ofrecer criterios para la valoración objetiva de las conductas subsumibles en la descripción de «alzarse con sus bienes».
168. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., págs. 153 (con relación al art. 270-1), pág. 250 (art. 283) págs. 402 s. (art. 291), págs. 413 s. (art. 292).
169. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., págs. 454 s.
170. De hecho, un sector doctrinal propone ya de *lege lata* interpretar esta expresión en sentido objetivo (vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., pág. 172).
171. Uno de los postulados básicos para la tipificación de esta clase de delitos reside en simplificar la prueba, a cuyo efecto resulta necesario abandonar la técnica del recurso a los elementos subjetivos. Tener que demostrar que el autor actuó con la referida intención provoca dificultades para la aplicación del precepto, como ya sucedió en Italia o en Francia con figuras parecidas. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., pág. 258.
172. La doctrina censura, con razón, que el legislador haya recurrido a esta técnica del delito cortado de resultado, en lugar de requerir un elemento objetivo de idoneidad para la producción del resultado de la captación de inversores, etc. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores y de crédito*, Valencia 2012, págs. 115 s. y 120 s.
173. La distinción de tres grupos de delitos (con la inclusión de los de expresión, *Ausdrucksdelikten*) que contienen elementos subjetivos se recoge ya en el segundo trabajo de MEZGER sobre la materia, publicado en 1926 («Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände», FS f. L. Traeger, Berlin 1926, reimpresión Aalen 1979), págs. 200 ss. Tal distinción se mantuvo en su última reformulación al respecto: vid. MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik: Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage (1949)*, Berlin-München 1950, pág. 23.
174. Vid. por todos CEREZO, *P.G.*, II, pág. 123; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402; POLAINO, 1972, págs. 305 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, págs. 254 s. Ello no obstante hay que reconocer que modernamente la validez de este grupo es puesta en tela de juicio: vid. por todos MIR, *P.G.*, L. 10/145 s.; LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/16 («cuestionable»); Díez RIPOLLÉS, *P.G.*, pág. 188 («no está suficientemente claro»).
175. Aclarando acertadamente que la calificación de elemento subjetivo presupone acoger la teoría subjetiva (algo que no siempre se explicita en la doctrina) vid., entre otros, CEREZO, *P.G.*, II, pág. 123; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402;

DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, pág. 188; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *P.G.*, pág. 137. Por tanto, la calificación de dicho elemento como elemento subjetivo del injusto o como parte del dolo no depende de si se acoge una concepción causalista o finalista, como pretende MIR (*P.G.*, L. 10/146).

176. Esta es la premisa de la que parte VIVES (2011, pág. 287), para quien, consecuentemente, la «intención juega aquí un papel definitorio (scil., en el sentido más arriba apuntado de la *función definitoria*) y pertenece, pues, al tipo de acción». Vid. ya también COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402, subrayando coherentemente que lo que se castiga en el falso testimonio no es la falsedad objetiva de la declaración.

177. La teoría subjetiva es actualmente minoritaria en la doctrina española. Además de los autores citados, que reconocen el grupo de los delitos de expresión, vid., ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 244 y 248, SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 126.

178. Sobre la polémica entre las teorías subjetiva y objetiva sigue siendo fundamental en nuestra doctrina el trabajo de TORÍO LÓPEZ («Introducción al testimonio falso», en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, págs. 54 ss.), quien subraya que la teoría subjetiva está injustificada evolutivamente, desde el momento en que se produce el tránsito del perjurio al falso testimonio.

179. Vid. ya TORÍO, 1965, págs. 57 s. En la moderna doctrina vid. por todos MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 955; BENLLOCH PETIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, pág. 345. Un sector preconiza una concepción mixta, según la cual el testimonio es falso cuando se da una discordancia entre lo declarado y la realidad, y, además, con los conocimientos subjetivos del testigo o perito (vid. por todos ORTS, P.E., 2010, pág. 749); ello no obstante, a los efectos que aquí nos interesan esta tesis comporta acoger una concepción subjetiva de la falsedad, en el sentido de que ésta se sigue construyendo sobre la base de un elemento subjetivo.

180. Vid. ya TORÍO, 1965, pág. 58 (con respecto a la regulación del CP anterior, sustancialmente similar a la actual), sobre la base del bien jurídico protegido (la seguridad probatoria en el ejercicio de la jurisdicción, concretado en el proceso) y de otros argumentos perfectamente trasladables a la regulación del vigente CP. En igual sentido vid. MAGALDI/GARCÍA ARÁN, 1983, pág. 1150.

181. Vid., p. ej., ORTS, *ibid.*

182. Cfr. MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 957, sin añadir el calificativo de inidónea.

183. En la doctrina alemana vid. ya en este sentido WELZEL, LB, 1969, pág. 526. De otra opinión, MAGALDI/GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal», en *Documentación jurídica*, 37/40, 1983, pág. 1150, n. 114, por entender que la punición de la tentativa «requiere un grado superior de afectación al bien jurídico».

184. Vid. TORÍO, 1965, págs. 58 s., quien aclara que para el juicio de antijuridicidad (material u objetiva) se requiere una concreta especie de declaración, esto es, aquella que se separa de la verdad del acontecimiento histórico; para el juicio de culpabilidad (léase en nuestro caso, para la infracción de la norma personal de conducta), conceptualmente ulterior, es preciso que el sujeto se haya apartado dolosamente del contenido de su conciencia. Así, es la coherencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo la que funda la presencia del delito.

185. Cfr., p. ej., OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *P.G.*, pág. 137; LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/16; MIR, *P.G.*, L.10/146; vid. también GUARDIOLA, 2001, pág. 86, para quien, «cuando el sujeto declare algo que no sea verdad el problema es de dolo», a cuyo efecto parte de una concepción objetiva de la falsedad, por más que comience proclamando que se pronuncia «sin intención ninguna de entrar a discutir las teorías objetivas y subjetivas que pretenden explicar este delito».

186. Con todo, algunos autores incluyen el conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad en la controvertida categoría de los delitos de expresión. Vid., p. ej., LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/16, con la apuntada (y ciertamente importante) matización de considerar cuestionable esta categoría.

187. Recuértese que la necesidad de añadir este grupo reside en que los delitos con elementos de actitud interna (sean puramente subjetivos o subjetivo-objetivos) no siempre pueden ser incluidos sin forzamiento en los grupos de los de-

litos de intención o de tendencia intensificada. Vid. por todos LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/11,17 y 18, quien cita como uno de los ejemplos característicos el elemento del «manifiesto desprecio por la vida de los demás».

188. Vid. indicaciones en LAURENZO, 2002, pág. 85, n. 205.

189. GUARDIOLA, 2001, págs. 85 s.

190. Lo que ya no me parece correcto es que la expresión «con conocimiento de su falsedad» se entienda como una referencia al dolo directo, dado que esta clase de dolo viene caracterizada por su elemento volitivo y no por el conocimiento. Cfr. LAURENZO, 2002, págs. 85 s., n. 207.

191. Cfr. LAURENZO, 2002, págs. 85 ss.

192. Vid. por todos MUÑOZ LLORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia 1999, págs. 432 ss., VIVES, P.E., 2010, pág. 341.

193. Vid. por todos LAURENZO, 2002, págs. 90 ss. y bibliografía citada en n. 223.

194. Recuérdese que para el TC (vid. STC 11-3-1997, nº 51/97) la información veraz no es la verdad objetiva comprobada *ex post*, sino aquella que se difunde tras «la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto». Vid. VIVES ANTÓN, en T.S. Vives (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, t. I, Valencia 1996, págs. 1023 ss.; VIVES, P.E., 2010, págs. 335 ss.

195. Vid. VIVES, ComCP, pág. 1031; P.E., 2010, pág. 341.

196. Esta deducción es la que debería haber plasmado con claridad el legislador. Con todo, en cuanto a la calumnia, el legislador ha incluido en el art. 207 la *exceptio veritatis* para excluir de pena al sujeto que había realizado el tipo (o sea, con inveracidad subjetiva) si a la postre demuestra la veracidad objetiva de lo imputado. Vid. VIVES, P.E., 2010, pág. 344.

197. Cfr. VIVES, P.E., 2010, pág. 341.

198. Vid. VIVES, ComCP, pág. 1031 (=P.E., 2010, pág. 341); LAURENZO, 2002, pág. 84 y n. 201

199. La opinión dominante admite el dolo eventual. Vid. por todos VIVES, P.E., 2010, pág. 343.

200. Cfr. LAURENZO, 2002, pág. 84.

201. Vid. LAURENZO, 2002, págs. 89 s.

202. Esta conclusión es compartida por LAURENZO (2002, pág. 106) en cuanto a la calumnia: «el tipo objetivo del delito de calumnia se agota en la imputación de un delito seguida de la correspondiente lesión del honor». Eso sí, hay que matizar la afirmación que efectúa al citar la opinión de VIVES (cuando menos a la vista de la reconstrucción del pensamiento de este a la luz de la concepción significativa). Y es que para VIVES no existe «un tipo objetivo» y un «tipo subjetivo», sino un tipo de acción, que no incluye el dolo; ahora bien, ese tipo de acción se nutre no solo de elementos objetivos sino además de elementos subjetivos, en la medida en que sean imprescindibles para caracterizar la acción; y esto es lo que sucede con la inveracidad subjetiva. De ahí que, en rigor, la opinión de VIVES en cuanto a la ubicación sistemática de este elemento no coincida con la que aquí se mantiene.

203. Cfr. LAURENZO, 2002, pág. 92.

204. Vid. LAURENZO, *ibid.*

205. Vid. por todos ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, «El llamado delito de conducción homicida», en LH Gimbernat, Madrid 2008, pág. 2193; MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 712. También se interpreta que la sustitución del vocablo «consciente» por «manifiesto» ha pretendido dar a la descripción típica una mayor objetividad, de tal modo que el canon de comprobación de si un hecho es típico estriba en constatar si para la generalidad de las personas, con la experiencia y los saberes acumulados en nuestra sociedad, encierra ese grave y evidente peligro para la vida de los

demás. Cfr. ORTS/ROIG, 2008, pág. 2199; vid. además DE VICENTE MARTÍNEZ, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Valladolid 2011, pág. 1459.

206. Así lo reconoce la opinión mayoritaria. Vid. por todos ORTS, P.E., pág. 653; DE VICENTE MARTÍNEZ, ComCP, págs. 1460 s.

207. De ahí que le asista razón a MUÑOZ CONDE (P.E., pág. 712), cuando escribe que «el art. 381 sería, por tanto, una anticipación de la intervención jurídico-penal a zonas periféricas a la tentativa o que aún no están muy claramente en la fase ejecutiva del homicidio, en lo que se refiere a su párrafo 2, es decir, al caso en que todavía no se ha producido un peligro concreto para la vida».

208. Vid. en sentido próximo DE VICENTE MARTÍNEZ, ComCP, pág. 1460, quien, partiendo de que se trata de un elemento subjetivo del injusto, aclara que «muestra un intento de alargar el contenido de la temeridad manifiesta hacia conductas más graves en las que actúa no sólo la nota objetiva, sino asimismo un componente subjetivo especificado en la redacción del precepto».

Fecha recepción: 30/01/2013
Fecha aceptación: 30/04/2013