

El dolo es el elemento fundamental de la tipicidad subjetiva de los delitos dolosos (mientras que el error de tipo lo es de los imprudentes: N.51). Pero la tipicidad subjetiva de los delitos dolosos no se agota en la constatación de que el sujeto conocía el riesgo de su conducta. Eso sucederá allá donde la tipicidad subjetiva no prevea más elementos subjetivos que el dolo. En algunos casos, el propio tipo, en su faceta interna incluye además otros elementos de carácter subjetivo. En la doctrina penal (desde MEZGER), se entiende por *elementos subjetivos del injusto* aquellos requisitos de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos.

Por ejemplo, el ánimo de lucro define el hurto, entre otros elementos: la apropiación dolosa de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño no constituye todavía hurto (art. 234 CP), pues el tipo exige además que tal apropiación se haya realizado *con ánimo de lucro*. El ánimo de lucro es así un «elemento subjetivo del injusto», o con más precisión, *del tipo* o de la tipicidad. Dicha exigencia de ánimo de lucro permite distinguir del hurto algunas apropiaciones de bienes que tienen por finalidad, no apropiarse la cosa, sino gastar una broma al propietario, por ejemplo, por lo que se reintegra lo sustraído al día siguiente; o impedir su uso, por lo que se esconde la cosa en la propia casa del propietario, por ejemplo. Como se percibe, se trata de un elemento de la tipicidad del delito de hurto; a su vez, posee carácter subjetivo o anímico, describe una finalidad, una peculiar intencionalidad. Por eso se denominan «elementos subjetivos del injusto» o del tipo.

No son escasos los *supuestos* en los que el legislador ha incluido elementos subjetivos en los tipos. El ánimo de lucro es uno de ellos, que prolifera en delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico (hurto, estafa, defraudaciones...). Pero es llamativo que se exija también en delitos como la extorsión o el robo, pues dichos tipos exigen ya violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, por lo que requerir en tales casos además ánimo de lucro puede resultar superfluo (¿quién va a apoderarse con violencia de un bien mueble de la víctima si no es para lucrarse con él?). En otros casos el legislador recurre a elementos como la expresión obrar «en perjuicio de», «para perjudicar», «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad», «en ofensa de»... En otras ocasiones el legislador ha definido el tipo con un elemento subjetivo pero de manera negativa: es decir, se ve colmado o realizado el tipo, siempre que no se realice con un ánimo específico (así, en el hurto de uso de vehículo del art. 244.1 CP, siempre que no se realice con ánimo de apropiárselo, pues de otro modo se vería realizado el tipo del hurto genérico). Además, la jurisprudencia recurre a elementos subjetivos de los tipos en ocasiones en que el legislador no los ha previsto expresamente, o al menos en los que es dudoso (así, en el art. 525.2 CP, de lo cual luego se tratará).

Por lo demás, la doctrina clasifica los elementos subjetivos del tipo según pretendan una finalidad presente ya en la acción misma, y entonces los denomina elementos i) de *tendencia interna intensificada*, como cuando el agente ya alcanza esa finalidad al cometer el delito. En este grupo podría incluirse la exigencia de un peculiar ánimo lúbrico en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Dicho ánimo permite distinguir la conducta típica de otras que, aun revistiendo la formalidad externa de intromisión en la libertad o integridad sexuales de la víctima, no atentan materialmente contra ésta. Por ejemplo, porque se trata de una exploración médica. Junto a dicho grupo de elementos subjetivos, otros, los denominados ii) de *tendencia*

*interna trascendente*, buscan una finalidad que se logra más allá de la conducta delictiva. De ahí la expresión «trascendente». El caso del ánimo de lucro en el hurto sería ejemplo de éstos.

En cualquier caso, dichos elementos aportan algo a la definición del tipo de que se trate en cada caso: eso que añaden se califica como «subjetivo», pero lo cierto es que permiten considerar una conducta como típica o atípica ya por su relevancia externa –y no sólo interna–, es decir, vienen a distinguir la conducta ya en el plano de la imputación objetiva (N.22), como vamos a ver.

En efecto, se trata de elementos que hacen referencia a una carga intencional adicional al mero conocimiento de la conducta del tipo. Esta carga de intencionalidad se exige en ocasiones por la propia jurisprudencia aun sin una mención legal tan expresa: así sucede con delitos como el de injurias (art. 208) o el de agresión a los sentimientos religiosos (art. 525.2). En ambos casos la letra de la ley no emplea una expresión anímica que obligue a exigir un elemento subjetivo del tipo («menoscabando su fama»; «para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa»). Sin embargo, en la jurisprudencia se viene exigiendo un peculiar ánimo vejatorio o de escarnio en el autor. De este modo, no habrá delito de injurias si se obra por fines que no son el de injuriar u ofender. Esto pone de relieve cuál es la función real de recurrir en la práctica legal y jurisprudencial a los elementos subjetivos: identificar con claridad una carga de sentido en la conducta; es decir, aportar elementos de valoración de la gravedad material del delito. Pero si es así, entonces dichos elementos no serían tan «subjetivos» como se suelen calificar, sino más bien un medio para definir el «riesgo típicamente relevante», lo que hace a la conducta *objetivamente* típica. Con otras palabras, su naturaleza no es tan subjetiva como a veces se insiste en definir, y su función sería la de ayudar a valorar la conducta como típica ya en el plano objetivo.

Así se confirma al recordar cuál es el criterio en virtud del cual la conducta se toma por típica en lo objetivo: lo será cuando *despliegue un riesgo relevante en el sentido del tipo*; o también, con otras palabras, cuando despliegue un riesgo típicamente relevante (o jurídico-penalmente relevante) en el sentido de los riesgos que la norma en cuestión pretende prevenir. Precisamente para identificar la tipicidad objetiva de la conducta la jurisprudencia recurre a menudo a elementos pretendidamente subjetivos (ánimo de matar, frente al de lesionar; ánimo de injuriar, frente al de gastar una broma...). Son en definitiva datos para argumentar o rechazar el carácter típico, ya en el plano objetivo, de la conducta. Cuando los tribunales recurren a tales elementos subjetivos a menudo están efectuando restricciones teleológicas de los tipos (es decir, interpretando la letra del delito en cuestión lo más restrictivamente posible porque entiende que, aunque la letra admite un determinado contenido, éste iría contra el fin o *telos* de la norma en cuestión): se emplean para dejar fuera de la tipicidad algunas conductas concretas, lo cual coincide con el estadio de la imputación objetiva que hemos denominado como identificación de un riesgo típicamente relevante (N.22).

Aparte, en las *causas de justificación* la doctrina y jurisprudencia recurren a un elemento subjetivo específico: así, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, el obrar para defenderse (y no por otros motivos); de lo contrario, la intención «torcida» viciaría la defensa e impediría la justificación (no sería «legítima» la defensa llevada a cabo por odio al agresor, por ejemplo). Sin embargo, ni la propia letra de la ley ni la estructura de la legítima defensa exigen un elemento subjetivo de la acción (N.71).