



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**LA TENTATIVA COMO INFRACCIÓN PRIMARIA DE LA
NORMA DE COMPORTAMIENTO**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**Tesista: Abog. Roque Martín
Salvoni Collado**

Director: Dr. Omar A. Palermo

MENDOZA, FEBRERO DE 2021

Agradecimientos

Gracias a Mayra por su amor incondicional, apoyo, acompañamiento, espera y ausencias vividas en este proceso. Gracias a mi madre Miriam, que con su amor, sacrificio y postergaciones me permitió llegar hasta este momento.

No puedo dejar de mencionar mi más profundo agradecimiento a mi maestro Prof. Dr. Omar Palermo, a quien hace ya trece años sigo en sus reflexiones no solo en el ámbito del Derecho penal, sino también académico. Bienvenido sea su apoyo e impulso a la investigación y docencia en el contexto de la universidad pública. También mis consideraciones hacia mi amigo Prof. Dr. Ezequiel Vacchielli por sus palabras, sugerencias y consejos en estos últimos dos años.

Por último, agradezco a mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo por haber dado la posibilidad de cursar y finalizar esta instancia de formación de posgrado, al igual que en el grado, con alta calidad educativa.

El tiempo dedicado al trabajo de investigación es goce de superación.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	8
I. LA TENTATIVA. INTRODUCCIÓN.	9
II. PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y LIMITACIÓN DE LA TENTATIVA.....	11
III. LA TEORÍA DE LAS NORMAS.	14
III.1. Enunciado legal y norma, ¿relación lógica o de sentido?	15
III.2. La teoría de las normas de Binding y su posterior evolución.....	19
III.3. El modelo de norma del positivismo.....	22
III.4. El modelo de norma del finalismo. La irresoluble respuesta al sentido del resultado.	23
III.5. Nuevas respuestas al problema de la norma penal y la función del resultado.....	29
III.5.a. La infracción de la norma de conducta como decisión de actuar.....	31
III.5.b. La infracción de la norma penal a partir de reglas de imputación. Algunas similitudes con el modelo de la norma primaria de Mezger.	36
III.5.c. La norma penal y su infracción desde la dimensión de la autonomía.....	44
III.5.d. La visión integradora de la norma penal como imperativo de conducta y de motivación, de fines preventivos y de intervención mínima.	52
III.6. Recapitulación. La preferencia por un concepto de norma penal como directiva de conducta para legitimar el injusto penal.....	60
IV. ¿QUÉ INTENTA PROTEGER EL INJUSTO JURÍDICO-PENAL?	62
IV.1. El modelo de protección de bienes jurídicos. Formulación y críticas.....	63
IV.2. El modelo de protección de la vigencia de la norma. El aporte de Jakobs.	73
IV.3. Alternativas contemporáneas sobre la protección de la vigencia de la norma.	77
IV.3.a. El injusto penal como vulneración de la garantía de la autonomía individual.	78
IV.3.b. La vulneración del deber de colaboración en una comunidad jurídicamente organizada.	81
IV.3.b.1. El actuar en la comunidad jurídica organizada. Ejes de sentido de la acción.....	82
IV.3.b.2. El injusto penal como actuar con sentido comunicativo en infracción a los deberes de colaboración para el mantenimiento de la libertad.....	88
IV.3.b.3. La vulneración de competencias como núcleo de la infracción del deber. El alcance de las incumbencias.	91
IV.3.b.3.1. Las competencias de respeto. Generalidades.....	93
IV.3.b.3.2. Las competencias de fomento. Perspectivas.	94
IV.3.b.3.3. Los caracteres comunes de las competencias. Incumbencias y deber.	96
IV.3.b.3.3.a. Las incumbencias de cuidado o examen.	100
IV.3.b.3.3.b. Las incumbencias de esfuerzo.	101
IV.3.b.4. La comunicabilidad entre injusto y culpabilidad. Problemas.....	103
IV.4. Recapitulación. El injusto penal desde la óptica de la infracción del deber.	112
V. EL INJUSTO DE LA TENTATIVA. ESTADO DE LA CUESTIÓN.	113
V.1. Las teorías objetivas clásicas y su transformación hacia la moderna versión peligrosista.	116
V.1.a. La teoría de la peligrosidad hipotética.....	117
V.1.b. La teoría de la idoneidad de Mittermaier.	118

V.1.c. La teoría de la falta de tipo y la variante del error inverso de tipo.....	119
V.1.d. Consideraciones críticas de las clásicas teorías objetivas.....	120
V.1.e. Las modernas teorías de la probabilidad.....	122
V.1.f. Consideraciones críticas en torno a las modernas teorías de la probabilidad.....	123
V.2. Las teorías subjetivas. El injusto dominado por la voluntad.....	126
V.2.a. La teoría subjetiva clásica: la tesis de von Buri y sus derivaciones.....	126
V.2.a.1. La teoría del autor.....	129
V.2.a.2. La teoría de Frank.....	130
V.2.b.El finalismo.....	132
V.2.c. La Escuela de Bonn.....	136
V.2.d.La teoría personal del ilícito.....	140
V.2.e. Síntesis. Valoración crítica del subjetivismo.....	144
V.3. Las teorías eclécticas mixtas.....	149
V.3.a.La teoría de la impresión.....	149
V.3.a.1. Valoración crítica.....	150
V.3.b.1. La realización del plan y la puesta en peligro próxima al tipo.....	152
V.3.b.1. Valoración crítica.....	154
V.4. El normativismo dualista.....	155
V.4.a. La teoría de la expresión integrativa.....	155
V.4.a.1.Valoración crítica.....	157
V.4.b. La teoría del resultado como manifestación del desconocimiento de la norma.....	159
V.4.b.1. Valoración crítica.....	163
V.4.c. La tentativa como imperfecta infracción a la norma a través de una perspectiva práctico-analítica.....	164
V.5. La dimensión del injusto de la tentativa como infracción primaria de la norma penal conformada por roles sociales.....	167
VI. EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA.....	177
VI.1. Consideraciones básicas.....	177
VI.2. Las visiones sobre la fundamentación del desistimiento voluntario.....	179
VI.2.a. Las teorías jurídicas antiguas.....	179
VI.2.b. La teoría del puente de oro.....	181
VI.2.c. La teoría de los fines de la pena.....	183
VI.2.c.1. La teoría modificada de los fines de la pena.....	184
VI.2.d. Las teorías de la gracia, indulgencia o premio.....	185
VI.2.e. La teoría del cumplimiento y saldo de la culpa.....	186
VI.2.f. El desistimiento como modificación del hecho.....	187
VI.3. Algunos criterios determinantes para afirmar la existencia de desistimiento.....	188
VI.3.a. El desistimiento en la tentativa inacabada.....	189
VI.3.b. El desistimiento en la tentativa acabada.....	190

VI.3.b.1.	La teoría de la apertura de oportunidades.....	191
VI.3.b.2.	La teoría de la actuación óptima.....	192
VI.3.b.3.	La teoría de la diferenciación.....	194
VI.3.b.4.	La finalidad alcanzada. Variables.....	196
VI.3.c.	La renuncia definitiva condicionante del desistimiento voluntario.....	198
VI.3.d.	La renuncia en los delitos de omisión.....	199
VI.4.	Criterios para evaluar la voluntariedad del desistimiento.....	200
VI.4.a.	Las perspectivas de abordaje.....	200
VI.4.a.1.	La fórmula de Frank. Críticas.....	201
VI.4.a.2.	La teoría del cambio de motivación. Dificultades.....	202
VI.4.a.3.	El modelo de la analogía con la autoría mediata. Desacreditación.....	202
VI.4.a.4.	La voluntariedad conforme a los fines de la pena. Reparos.....	203
VI.4.a.5.	La racionalidad del delincuente y la variante de Jakobs.....	204
VI.4.b.	Casos problemáticos sobre voluntariedad. Perspectivas.....	205
VI.4.b.1.	La consumación con inminencia de detención.....	206
VI.4.b.2.	La realización de lo necesario y la omisión de lo secundario.....	206
VI.4.b.3.	Cuando se alcanza el objetivo pretendido con menos peligro.....	207
VI.4.b.4.	Las situaciones de inhibición o de impedimento interno.....	207
VI.4.b.5.	El cambio en las circunstancias externas. La teoría de la consideración global y la teoría de la perspectiva individual o plan del hecho.....	208
VI.4.c.	Algunas concreciones sobre la voluntariedad del desistimiento.....	208
VI.5.	Las consecuencias sistemáticas del desistimiento voluntario.....	210
VI.5.a.	Principio general.....	210
VI.5.b.	La exención de pena en la intervención plural de personas. Limitaciones.....	212
VI.6.	Recapitulación. El desistimiento desde el punto de vista de la norma penal.....	214
VII.	LA TEORÍA DEL ÍTER CRÍMINIS. CONSIDERACIONES NORMATIVAS.....	216
VII.1.	Conceptualización.....	216
VII.1.a.	La dimensión interna. Impunidad y relevancia.....	216
VII.1.b.	La externalización.....	217
VII.1.b.1.	Los actos preparatorios.....	217
VII.1.b.2.	El comienzo de ejecución.....	218
VII.1.b.3.	La delimitación entre la preparación y el comienzo de ejecución.....	222
VII.1.b.3.a.	Los abordajes subjetivistas sobre el comienzo de ejecución.....	223
VII.1.b.3.a.1.	La teoría de la impresión.....	224
VII.1.b.3.a.2.	La teoría de la decisión de voluntad.....	225
VII.1.b.3.b.	Las perspectivas objetivas sobre el comienzo de ejecución.....	225
VII.1.b.3.b.1.	La teoría formal objetiva.....	225
VII.1.b.3.b.2.	La unidad natural de acción y la teoría de los actos intermedios.....	226
VII.1.b.3.b.3.	La teoría material objetiva.....	229

VII.1.b.3.b.4. La teoría individual objetiva.....	230
VII.1.b.3.b.5. La unidad ininterrumpida de ataque bajo una inmediatez funcional.....	230
VII.1.b.3.c. Las perspectivas normativas sobre el comienzo de ejecución: la teoría de la imputación objetiva.....	232
VII.1.b.3.c.1.a. Directrices positivas sobre el comienzo de ejecución.	234
VII.1.b.3.c.1.b. Directrices negativas sobre el comienzo de ejecución.	236
VII.1.b.4. La consumación del delito y el agotamiento de sus efectos lesivos.....	237
VII.2.Las categorías de análisis de la conducta tentada.....	237
VII.2.a. La tentativa acabada.	238
VII.2.a.1. Directrices sobre la tentativa acabada.	239
VII.2.b. La tentativa inacabada.....	242
VII.2.c.Las perspectivas para distinguir la tentativa inacabada de la tentativa acabada o consumación. Regresión y conversión.	243
VII.2.d. La tentativa idónea.	245
VII.2.e.La tentativa inidónea (o delito imposible).....	246
VII.2.f. La tentativa fracasada.....	248
VII.2.f.1. Acciones ejecutivas sin éxito susceptibles de repetición.	250
VII.2.f.1.a. La teoría del plan delictivo.....	251
VII.2.f.1.b. La teoría del acto individual.	252
VII.2.f.1.c. La teoría de la perspectiva global.....	253
VII.2.f.1.c.1. La teoría de la perspectiva global modificada.	255
VII.2.f.1.d. Las teorías intermedias.	256
VII.2.f.2. Situaciones concretas de tentativa fracasada.	256
VII.3.Consideraciones normativas acerca del iter criminis.	261
VIII. CONCLUSIONES	274
BIBLIOGRAFÍA.....	281

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BGH	Bundergerichtshof
B.O.	Boletín Oficial
CNCCyC	Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Ídem	En el mismo sentido / del mismo autor
NJW	Neue Juristischen Wochenschrift (citada por año)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (citada por año y página)
p. / pp.	Página / páginas
RG	Reichgeriche
SCJ Mza.	Suprema Corte de Justicia de Mendoza
St. / SS	Sentencia / Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
Tit.	Título
Trad.	Traducción / Traducido por
TS	Tribunal Supremo español

I. LA TENTATIVA. INTRODUCCIÓN.

El fenómeno de la tentativa pone en cuestión cuáles son aquellas variables que el legislador adopta a la hora de definir los principales aspectos de este tipo de conductas. De forma genérica, se introducen en el ámbito de la penalidad como forma de comportamiento refleja al delito consumado.

Sabido es que el Estado configurado como sistema democrático de gobierno no debe inmiscuirse en el ámbito interno de cada persona. Este axioma exige acotar el poder punitivo que la sociedad puede ejercer sobre cada ciudadano o ciudadana. Jakobs lo define en estos términos: En un ordenamiento de libertades, el motivo más importante es un tercero: Los pensamientos pertenecen a la esfera constitutiva de la persona; controlarlos destruiría a la persona libre¹. Por este motivo existen límites sobre el ejercicio de la punibilidad y su anticipación, siendo el más evidente la impunidad del mero propósito².

Ahora bien, el delito de tentativa y el delito consumado se encuentran mediados por una discusión general que marca la fisonomía de cada uno de estos. El interrogante es: por qué y para qué adscribimos a una conducta humana el carácter de delictiva. En este sentido, la primera tarea es establecer cuál es el centro de gravitación que permite la funcionalidad de todo el andamiaje jurídico penal. Esto ha sido, y lo sigue siendo, tratado dualmente en términos de protección³: *bienes jurídicos* o *la vigencia de la norma*.

De esta manera, se intentará argumentar que el «delito» y, su correlativo, la «pena»⁴, se instauran dentro del sistema jurídico social como refuerzo de protección comunicativa a la vigencia de expectativas de comportamiento que emanan de la norma penal como forma de orientación de conductas nucleares en sociedad, respetando la personalidad de sobre quien recae (retribución frente a un ilícito reprochable), garantizada por los principios normativos de lesividad, legalidad, culpabilidad y última *ratio*⁵.

¹ Conf. Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 853, aclarando que la persona libre entendida como ciudadano, sin un ámbito privado el ciudadano ni siquiera existe. Reyes Alvarado acota que lo interno es lo que ocurre dentro de la mente del ser humano, lo que sucede en su espacio físico privado y lo que no le incumbe a la sociedad (conf. Reyes Alvarado, Y., *El delito de tentativa*, Buenos Aires, BdeF, 2016, pp. 66-67).

² Conf. Righi, E. *Derecho Penal: Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 407. El Derecho penal moderno se parte de la distinción liberal entre moral y derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos (conf. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF, 2016, p. 346).

³ Cuando se hace referencia a protección -funcionalmente- implica «prevención».

⁴ Se asume, particularmente, que la pena tiene utilidad social, sin perjuicio de la retribución ínsita que su imposición significa en todos los casos.

⁵ Conf. Bacigalupo, E., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 42 nm. 35 y nota 29 al pie.

Por otra parte, las relaciones entre ilícito (en su aspecto global, continente de la imputación objetiva, la atribución subjetiva y la determinación de la no permisión de la conducta) y reprochabilidad (el juicio personal de responsabilidad sobre la conducta de la persona en virtud de la posibilidad circunstanciada de haberse podido comportar de acuerdo con la expectativa emanada de la norma) no son exclusivas del delito consumado. Se intentará establecer también que concurren en el comportamiento tentado. Por eso, debemos definir qué es el delito de tentativa, si presenta diferencias con el delito consumado o es dependiente de éste. Formalmente, la doctrina tradicional lo ha caracterizado por la no realización de alguno de los elementos del tipo correspondiente. Empero, se intentará demostrar que no es esta la única característica que define y distingue a la tentativa de la consumación, sino que materialmente ambas conductas se diferencian por los deberes que infringen.

Con base en esto, es sustentable la legitimidad autónoma de su punición, variando sus consecuencias de acuerdo con la postura que se adopte, objetivo que se desarrollará en la investigación.

II. PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y LIMITACIÓN DE LA TENTATIVA.

La tentativa formalmente se caracteriza por la no realización de todos los elementos de un tipo penal de la Parte Especial del Código o en otras leyes complementarias.

Para algunos, desde la óptica de interpretación del Derecho penal a través de la teoría del bien jurídico¹, la tentativa implica un adelantamiento de la punición cuando la persona no ha causado perjuicio a otra (daño significado a partir de tipos penales de resultado, traducidos en delitos consumados). Al igual que en los delitos de peligro se establece un adelantamiento de la protección del bien jurídico².

Para otros, como por ejemplo Jakobs, en la tentativa el comportamiento de la persona exterioriza un plan delictivo sólo cuando procede de modo comunicativamente relevante mediante este, arrogándose una organización que no le compete. Por ejemplo, apoyar un arma de fuego cargada en la cabeza de una persona y preparar el gatillo para accionar el mecanismo de disparo. También, el comportamiento puede revelar una futura arrogación de organización. Por ejemplo, un grupo de terrorista haciendo propaganda de sus fines. En ambos casos se ve conmovida la seguridad de la validez fáctica de la norma³. En este sentido, Sancinetti esgrime que el adelantamiento de la prohibición desde la tentativa acabada hacia la tentativa inacabada o hacia un acto preparatorio es legítimo, sólo si, desde el punto de vista del artículo 19 de la Constitución Argentina, el acto previo prohibido ya representa un comportamiento intolerable para la convivencia social⁴. De forma aproximada, para otros, la tentativa representaría la estructura fundamental del delito en tanto infracción de la norma primaria como directiva de conducta⁵.

Vemos como se mezclan dos visiones distintas que intentan explicar la punición de una conducta antes de que acaezca la consumación. ¿Cuál es el fundamento de punir a alguien por algo que no ha consumado la realización de un tipo penal? Para comenzar, vale aclarar que el fundamento es netamente de política-criminal⁶, discutible desde el punto de vista de los principios de lesividad y culpabilidad. La respuesta habrá que encontrarla a partir de la pregunta de si se requiere necesariamente un perjuicio efectivo, o la creación de un peligro real o

¹ El Derecho penal como medio de protección de ciertos valores abstractos, comunitariamente establecidos, que se vulneran a través de manifestaciones causales exteriores que afectan materialmente a objetos o estados de cosas que representan ese valor.

² Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 407; Núñez Paz, Miguel Á., *El delito intentado*, Madrid, Colex, 2003, p. 23.

³ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 854; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), p. 81 y ss.

⁴ Conf. Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 349.

⁵ Conf. Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosh, 1992, pp. 380-381.

⁶ Cuya razón se motivaría en atención a necesidades preventivas (conf. Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, Buenos Aires, BdeF, 2013, p. 13).

inminente, o sólo se determina por la voluntad exteriorizada de la persona contrapuesta al deber que surge de una norma de comportamiento penalmente garantizada. La respuesta de esto permitirá alcanzar legítimamente a todas aquellas conductas que impliquen el comienzo de ejecución de un tipo penal determinado que, sin llegar a la consumación, hayan puesto en tela de juicio la vigencia de una norma de conducta implicada o en peligro el bien jurídico protegido por la norma.

Como se ve se está haciendo referencia a dos visiones por medio de las cuales - esencialmente- la dogmática penal concibe el contenido material del injusto penal reprochable, erigiéndose cada una como modelos genéricos sobre el fin del Derecho penal: “protección de bienes jurídicos” o “protección de la vigencia del ordenamiento jurídico”. De su oposición emanan dos explicaciones sobre el hecho punible: *lesión de bienes jurídicos* o *lesión del deber-norma*. Estas en sí mismas encierran diferentes consecuencias en relación con la tentativa⁷. En palabras de Sancinetti:

“[...] La variedad de problemas a resolver en el ámbito de la teoría de la tentativa suele ser precedida [...] por el planteo de la pregunta acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa. Las distintas respuestas a esta cuestión coinciden, básicamente, con la forma en que se conteste la del fundamento para la punición del hecho “consumado”. Quien vea la razón de ser de toda pena estatal en el daño concreto a un objeto de bien jurídico [...] necesariamente en base a un juicio *ex post*-, intentará buscar, en la tentativa, una lesión objetivable que ocupe el lugar del daño [...] en el peligro, el sustituto del daño objetivo, y pretenderá mantener así [...] su visión (supuestamente) monista del ilícito [...] Quien parta, en cambio, de un fundamento subjetivo, o sea: la acción es punible por la voluntad exteriorizada del autor, contrapuesta al contenido de la norma de comportamiento, aplicará bien fácilmente este fundamento a la tentativa, [...] porque ocurren aquí las mismas razones que subyacen a la punición de la transgresión a la norma del delito consumado [...]”⁸.

La punibilidad de la tentativa se fundamentaría en que la persona abandona su ámbito interno desarrollando un comportamiento que exterioriza un plan delictivo⁹. De aquí en más, tanto el contenido y la determinación conceptual del *injusto penal*, como la legitimación de la punición de la tentativa dependerán del modelo de fundamentación del Derecho penal que se siga. Cuando ambas cuestiones se infieran de un *telos* uniforme podrá insertarse la tentativa en el concepto del injusto.

Ahora bien, la tentativa inidónea presenta especial trascendencia en esta panorámica, por cuanto su punición, en ocasiones, ha sido considerada una excepción material y sistemática del injusto construido en torno al fin de protección de bienes jurídicos, ampara en finalidades preventivas¹⁰. Por esto, la tentativa inidónea debe fundamentarse en los fines del *ius puniendi*,

⁷ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 13.

⁸ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 353-354.

⁹ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 408; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 854.

¹⁰ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 13-14; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 23.

además de ser compatible con la regulación positiva. Debe poder insertarse sin fricciones en el sistema global del injusto. En suma, esta no es más que un caso particular de la más amplia noción de tentativa, cuya represión no puede deslindarse del fundamento general de punición. Cuestión distinta es si la justificación ha de ser la misma entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea o, en cambio, resulta político-criminalmente conveniente una distinción entre ambas¹¹.

¹¹ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 20.

III. LA TEORÍA DE LAS NORMAS.

El tratamiento de este capítulo se debe a la posición particular que se adopta en cuanto a la concepción del injusto penal. Sabemos que existen diversas formulaciones en torno a qué función cumple la norma penal con relación al delito como hecho punible. Cada concepción difiere de la visión general que se tiene sobre el primero.

Silva Sánchez resume la cuestión de la teoría de las normas en Derecho penal indicando que en la discusión la doctrina utiliza, al menos, cuatro conceptos distintos de norma: (i) uno procedente de la filosofía analítica del lenguaje, que la entiende como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de ésta; (ii) otro como «baremo de valoración», procedente del neokantismo; (iii) una tercera acepción como directiva de conducta para imputables e inimputables, que operaría como norma de determinación de la conducta *à la* Kaufmann; y (iv) por último, un concepto de norma de deber como directiva de conducta dirigida sólo a personas imputables, únicas que pueden infringirla¹.

Cada una de estas cuatro categorías de norma penal tiene incidencia directa sobre el sentido de la antinormatividad. En el caso (i) esta proviene de un mero proceso causal, que no constituye todavía un injusto, ya que los elementos de imputación sólo entran en consideración en el nivel de contrariedad a deber, en el plano de la antijuricidad. Con lo cual, no contiene ningún elemento de imputación personal. En el modelo (ii) la antinormatividad da lugar a un injusto objetivo, de resultado, que no alcanza para la imputación de la lesión a título de acción (*actio humana*). El objeto de la norma de valoración podría ser cualquier acontecimiento o fenómeno, aunque en la práctica se limite a acciones voluntarias. En el esquema (iii) la infracción de la norma de determinación presupone una imputación del hecho a alguien capaz de acción, a título de dolo -natural- en el sentido finalista. En la concepción (iv), la infracción de la norma de determinación presupone la infracción del deber, la imputación a título de culpabilidad. Aquí sólo existe plena infracción de un deber cuando la persona conoce plenamente la desvaloración jurídica de su conducta y posee capacidad motivacional de evitar su realización, normativizada en función de cada intérprete².

¹ Conf. Silva Sánchez, Jesús M., *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?* (2014) (3), InDret Penal, pp. 5-6.

² Ídem, pp. 5-6. Indica que el sentido (iv) era el concepto de *norma de deber* en el neokantismo, cuya infracción daba lugar al juicio de culpabilidad. Este mismo, actualmente en ascenso, genera una norma cuya infracción daría lugar al injusto, entendido como «injusto culpable», pues la relación del concepto de norma jurídico-penal y de deber como expectativa estabilizada de forma contrafáctica tiende a requerir como presupuesto la culpabilidad del agente. A través del juicio de culpabilidad deviene completa la infracción de la norma de conducta. Sin embargo, para Silva Sánchez existe un nivel previo que denomina *lesividad*, como desvalor objetivo -intersubjetivo- de la conducta. Si en la lesividad se incluye el daño intelectual y simbólico, resulta necesaria también una dimensión de imputación subjetiva (ídem, notas 26 y 28 al pie de pp. 5-6)

Sancinetti resalta:

“[...] la teoría de las normas ha pretendido y pretende ser fundamento objetivo de la sistemática del delito y por lo tanto de la dogmática penal. [...] al concepto de norma se le asigna el carácter de un punto de partida para la construcción del sistema [...]”³.

No obstante, este mismo autor observa que las investigaciones sobre el concepto de ilícito han partido de la cuestión relativa al concepto de norma, expresando precaución por la discusión dogmática únicamente condicionada a la función valorativa o motivadora de la norma penal como puntos de partida necesariamente contrapuestos que determinan todas las consecuencias del sistema. Esto se traduce en la verificación de la clase de acción a la que pertenecía la conducta y a qué tipo de ilícito. Si la norma es prohibición de una acción, el contenido de la infracción estaría constituido por aquello que la persona decide por su voluntad, sin influencia del resultado y las circunstancias exteriores. En cambio, si la norma es mandato de una acción (un imperativo), el resultado de la acción es determinante. Aquí el ilícito es la infracción a la norma de valoración. Sancinetti califica como falsa esta contraposición, indicando que un concepto de norma valorativa no resuelve acerca del contenido del ilícito que la norma valora⁴.

Ahora bien, si la tentativa es punible porque hay detrás de ella una norma infringida, se plantea el interrogante de si esta norma se trata de una norma distinta a la del delito consumado. Según Sancinetti, si el disvalor del hecho se aprecia por los resultados *ex post facto*, a toda forma de tentativa le subyace una norma distinta a la del delito consumado; pero si sólo puede explicarse el ilícito por la contrariedad a una norma de comportamiento, no debería existir diferencia para dos acciones iguales, en la medida que no toda tentativa alcanza al mismo comportamiento, pues cada paso, a su vez, constituye otro en sí menor y distinto⁵. Para ello, es necesario comprender dónde se encuentra el deber que encierra la norma penal, lo cual trataremos a continuación.

III.1. Enunciado legal y norma, ¿relación lógica o de sentido?

Sí las normas jurídico-penales constituyen el contenido del Derecho penal, ¿cómo se configuran estas?

³ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 17-18.

⁴ Ídem, pp. 43 y ss.

⁵ Ídem, pp. 392-393. En su planteamiento transmuta la diferencia entre tentativa y consumación hacia tentativa inacabada y acabada, asumiendo que *la norma de la tentativa acabada* es equivalente a la consumación porque prohíbe el verdadero peligro y *la norma de la tentativa inacabada* comprende a la tentativa incompleta para un momento anterior o peligro remoto.

La norma jurídico-penal es usualmente clasificada en la doctrina en «norma primaria» y «norma secundaria»⁶. La primera dirigida al ciudadano o la ciudadana prohibiendo la comisión de delitos. La segunda a los jueces y juezas al ordenarles la imposición de sanciones penales ante la comisión de delitos⁷. En este punto cobran importancia los códigos penales y demás leyes por la integración de enunciados diversos que, en sentido estricto, se denominan «enunciados legales»⁸. El recurso más simple es establecer el contenido de las normas jurídico-penales con referencia a estos, a las leyes penales.

Ahora bien, la norma jurídico-penal y el enunciado legal no son sinónimos, tampoco antónimos. No pertenecen a la misma especie. Los enunciados legales son un conjunto de signos lingüísticos, mientras que las normas jurídico-penales representan el mensaje prescriptivo que se desprende de aquellos. Por simplicidad del lenguaje, el legislador emplea la forma gramatical declarativa para expresar las proposiciones normativas en los enunciados legales. Por ejemplo, el artículo 79 del Código penal argentino dice el que matare a otro sufrirá una pena.

En efecto, la norma de conducta (o norma primaria), en lo fundamental, prohíbe u obliga a los ciudadanos y las ciudadanas a comportarse de una manera determinada en una situación concreta y, en esa medida, limita los espacios de libertad. En cambio, la norma de sanción (o norma secundaria) ordena al juez o a la jueza a comunicar la culpabilidad en un caso concreto de una persona e imponer una sanción *penal* por el hecho que infringió una norma de conducta. Sin embargo, la forma declarativa del enunciado legal sólo contiene expresamente una parte de los presupuestos de la norma secundaria. Esta se ha de completar efectivamente con otros enunciados. Así, los enunciados legales de la Parte especial son complementados con otros de la Parte general para deducir la norma secundaria dirigida a los jueces en términos hipotéticos. Por ejemplo, el enunciado sobre la tentativa en el artículo 42 del Código Penal argentino con el enunciado del artículo 79 en caso de no provocar la muerte. Es decir, los enunciados legales y las normas de sanción no representan las normas de conducta. Resulta difícil derivar directamente de estos las «normas primarias» dirigidas a las personas prohibiéndoles la comisión de delitos. La infracción de tales normas, unidas a otros requisitos, constituye el conjunto de los presupuestos de aplicación de las normas secundarias. La totalidad de esos presupuestos no están explícitamente formulados en las leyes penales, ni en las normas de sanción. Las normas de conducta y de sanción no aparecen formuladas directamente en los

⁶ Esta distinción es equivalente a la propia de norma de conducta o comportamiento y norma de sanción.

⁷ Conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 362. Los conceptos de norma primaria y norma secundaria son ejes de las categorías de la teoría de la dogmática del delito y los fines del Derecho penal.

⁸ Ídem, p. 311. También identifica, a modo de sinónimos, como proposiciones jurídicas, preceptos legales, disposiciones legales.

enunciados legales. A lo sumo, estos expresan una especie de programa abstracto genérico, no una verdadera norma⁹.

Algunos autores, como Mañalich Raffo, aluden a una derivación lógica de la norma primaria a partir de la secundaria, por lo que una implica la otra. Otros, como Silva Sánchez o Robles Planas, sostienen que entre el enunciado legal y la norma existe una relación de sentido, puesto que el Derecho penal está constituido por normas primarias y secundarias que atienden al cumplimiento de sus fines. Por ejemplo, el enunciado “el que matare a otro será castigado” se asocia a la idea «prohibido matar» o «no matar» que sería el contenido de la norma primaria. En particular, recordando a Binding, recientemente ha sostenido Robles Planas que la norma de conducta y de sanción son construcciones dogmático-operativas en un sistema de responsabilidad criminal orientado a la legitimación racional¹⁰.

En efecto, Binding sostuvo que la infracción de las normas dirigidas a los ciudadanos y las ciudadanas constituiría el presupuesto de aplicación de las disposiciones dirigidas a los jueces y las juezas. Este distinguía entre normas (previas al Derecho penal, que estaban dirigidas a las personas) y leyes penales (proposiciones jurídicas autoritativas dirigidas al juez o a la jueza penal que, en sentido estricto, no constituirían normas). Para Binding las leyes penales mostraban una naturaleza esencialmente accesoria y sancionatoria, por las normas infringidas cronológicamente que le preceden. Visto de esta manera, la infracción de las normas por los ciudadanos y las ciudadanas y el cumplimiento de los presupuestos de los enunciados penales permitirían la imposición de la pena por el o la jueza. Maurach indicaba que las normas son mandatos anteriores a la ley penal, cuyo contenido puede ser averiguado acudiendo al Derecho positivo o consuetudinario y también a la parte dispositiva de la conminación penal. M. E. Mayer, próximo a Binding, sostenía que los enunciados jurídicos-penales serían normas de decisión que contienen órdenes abstractas del legislador a los órganos estatales para que ejerzan la pretensión punitiva, bajo presupuestos y límites, y las normas sociales (no jurídicas) se dirigen imperativamente a ciudadanos y ciudadanas imponiéndoles una determinada conducta¹¹.

Schmidhäuser (1988) intentó instalar la idea de Mayer, afirmando que las leyes penales se dirigen exclusivamente a los órganos de justicia penal y los ciudadanos y ciudadanas se encuentran bajo el ordenamiento jurídico-social, en el ámbito de la ética social, que contiene

⁹ Conf. Robles Planas, R., *Normas de conducta* (2019), p. 7. Al respecto, un enunciado legal puede servir de base a más de una norma jurídica (conf. Mir Puig, *Derecho Penal* (2016), pp. 70-71).

¹⁰ Conf. *Normas de conducta* (2019), pp. 7-8. De los enunciados legales se extraen protonormas de sanción y de conducta que constituyen el primer paso para su obtención dentro de un complejo proceso jurídico-penal regido por la idea de legitimación material de la restricción de la libertad y la imposición de pena (ídem, nota 43 al pie). En este sentido, Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), pp. 312 y 314.

¹¹ Conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 316; Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), p. 8.

mandatos y prohibiciones. Entonces, las normas jurídico-penales primarias sólo existirían como una construcción teórica, pues el ordenamiento jurídico vincula la infracción de aquellas con las sanciones estatales. Silva Sánchez no comparte esta tesis. Entiende que el Derecho penal posee autonomía en la configuración de sus normas, expresada en la prohibición jurídica bajo amenaza de pena, que hace que el hecho contrario a la norma sea un «injusto merecedor de pena». De este modo, sostiene que el Derecho penal cumple su función de ordenación social dirigiendo *a priori* normas penales para prevenir determinados hechos esencialmente graves mediante la amenaza de una pena de gravedad. Advierte que, de lo contrario, la norma penal se reduciría sustancialmente a una función represiva y retributiva, limitadamente preventiva, sólo para infracciones de determinadas normas del Derecho público general. Consecuentemente, en la concepción de Binding, Mayer o Schmidhäuser se asienta en la finalidad preventiva de la norma penal vinculada a condiciones de legitimación materiales, requiriendo que la prohibición bajo amenaza de pena se muestre como el medio menos lesivo anterior a la imposición efectiva de la pena para ciudadanos y ciudadanas que previamente conozcan qué está permitido y prohibido desde la óptica del Derecho penal, de acuerdo con el principio de mínima intervención y la función de garantía formal de la norma (principio de legalidad) como modo de orientación de la conducta externa¹².

Siguiendo la idea de autonomía, Silva Sánchez sostiene que el Derecho penal puede acoger el contenido dado por las normas sociales o de cultura que evocaba Mayer, y -a su vez- puede regular de otro modo la materia, a riesgo de perder eficacia preventivo-general. Con relación a la tesis de Schmidhäuser, Silva Sánchez replica que las leyes penales no tienen por qué presuponer la existencia precedente de una norma de moral social. En la realidad no son sancionadas con pena estatal todas las conductas infractoras de normas de la moral social, sino sólo una parte de ella. Así pues, todo precepto penal puede (y debe) separarse de la moral social cuidando no llegar a su lógica abolición, fundamentalmente porque si la persona se motivara bajo las sanciones de las normas sociales, las de índole penal se yuxtapondrían y generarían un sufrimiento innecesario del que habría que prescindir. No obstante, el Derecho penal no debe alejarse totalmente de la moral social para conservar su eficacia preventivo-general¹³.

¹² Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 317 y ss. Para Robles Planas tomar el enunciado legal como una norma que aún no es, atribuiría al legislador penal una facultad que no dispone en términos de *teoría de la legitimación*, por la restricción de libertad y ulterior limitación de derechos fundamentales al recibir la declaración de culpabilidad y pena por parte de un juez. La legitimación *formal* del legislador no es materialmente suficiente para la restricción de libertades y derechos fundamentales. La autoridad formal es suficiente en ciertos ámbitos del Derecho público, por ejemplo, el derecho administrativo, pero nunca legitima la intervención *penal* (conf. *Normas de conducta* (2019), nota 41 al pie de p. 8).

¹³ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 320-321. Schmidhäuser (1989) modificó su planteamiento al distinguir el concepto de Derecho propio del ordenamiento jurídico-estatal del concepto de derecho en la conciencia social, que no se identificaría con la moral social, pero se integraría por elementos de esta y otros del ordenamiento jurídico estatal (más restringido y amplio a la vez). La esfera del profano al derecho sería aquello conocido por los y las ciudadanos/as que le marcaría pautas de conducta, mandatos y prohibiciones de acción (ídem, p. 322). En este punto adquiere relevancia la distinción entre *mala in se* y *mala quia*

III.2. La teoría de las normas de Binding y su posterior evolución.

En materia de teoría de las normas el planteamiento de Karl Binding es una referencia obligada. En efecto, Sancinetti indica que la llamada teoría de las normas de este trata una modalidad de la teoría de los imperativos, según la cual la norma consiste en una orden dirigida al autor o a la autora bajo prohibición o mandato de acción y su infracción como un acto de desobediencia, una decisión contraria a la orden¹⁴. Este modelo -señala Sancinetti- consideraba el ilícito un presupuesto necesario en un sistema de doble vía. Pero la insuficiencia para la fundamentación y aplicación de las medidas de seguridad y la imposibilidad de reafirmar el carácter objetivo de la validez y operatividad de las normas con independencia de la aptitud de sobre quien recae (distinción propia entre ilícito y culpabilidad) dio paso a la doble función de la norma. Esta distinción sería decisiva en la teoría de la lesión de bien jurídico, conformándose la *norma de valoración* que contendría en el nivel de la tipicidad y antijuridicidad el ilícito objetivo a través de la producción de la situación de hecho contraria a la valorada positivamente por el derecho, y la *norma de determinación* que actuaría a nivel de la culpabilidad fundamentando el juicio de reproche por la no realización del deber subjetivo. Bajo esta construcción teórica se apoyó la teoría de la lesión del bien jurídico de Frank v. Liszt¹⁵.

Entonces, si la norma penal fuera únicamente una norma de valoración contendría un mero juicio de valor sin pretender determinar la conducta de sus destinatarios o destinatarias. Implicaría un deber impersonal sobre estados o acontecimientos objetivos deseables o indeseables. En cambio, si la norma penal fuese una norma de determinación, un imperativo con mandatos o prohibiciones expresaría una norma de conducta con un pretensión de motivación sobre el comportamiento de las personas. Al contrario, una norma meramente valorativa se asienta en la construcción objetiva de la antijuridicidad como relación de contrariedad formal, comprendiendo que todo proceso o resultado es objeto de valoración penal¹⁶. La doctrina subjetivista clásica criticaba, principalmente a la teoría de los imperativos de Binding, que las normas penales no podían prohibir causación de resultados, sino prohibir acciones que parecen adecuadas para producir el resultado dirigidas a las personas

prohibita asociado a vulneración de obligaciones naturales y de obligaciones adquiridas (conf. Silva Sánchez, Jesús. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 29-65 y pp. 69-112).

¹⁴ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 19.

¹⁵ Ídem, p. 21.

¹⁶ Conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 334.

destinatarias¹⁷. Por esto, para fundamentar la punición, la doctrina subjetivista clásica se valía solamente de la voluntad manifiestamente contraria a la norma.

Ahora bien, la configuración de la norma penal como un imperativo genera que sólo se pueda prohibir acciones cuyo objeto sean conductas humanas, caracterizándose las personas por no conocer todo lo existente. En cambio, la norma como valoración presupone que la persona conoce la totalidad de las condiciones necesarias para el resultado¹⁸. Según Sancinetti, la versión de la teoría de las normas de Binding conducía a la imposibilidad de distinción entre ilícito y culpabilidad, pues si las órdenes derivan de normas dirigidas a sus destinatarios/as para motivar su cumplimiento, sólo quien sea capaz de motivación puede transgredirla realmente. Dado que capaz de motivación sería quién conoce o pudo conocer la norma al momento de actuar, si la capacidad de culpabilidad y consciencia de la antijuridicidad definen la contrariedad al Derecho, la norma penal no alcanzaría a incapaces de culpabilidad, sin hacer necesaria ni posible la distinción ilícito y culpabilidad¹⁹.

Sobre la cuestión, Pawlik opina que las normas de valoración y normas de determinación se diferencian sólo por el operador normativo. Descarta un contenido independiente de los juicios de injusto y culpabilidad porque el contenido de la norma es el mismo, independientemente del ropaje (alusión a la diferenciación teórico-normativa entre normas de valoración y determinación). Afirma que esta distinción de normas, como mucho, puede trasladar de lugar la distinción entre injusto y culpabilidad, pero no dar respuesta a por qué independizar el injusto como categoría autónoma. El seguimiento o abandono de una norma del ordenamiento presupone la capacidad de entendimiento del contenido de su sentido normativo. El injusto y la culpabilidad se desenvolverían de forma inseparable, no habría uno sin la otra²⁰. Resalta Silva Sánchez que existe consenso acerca de que la norma jurídico-penal expresa en cierta medida una norma valoración, pues ordena o prohíbe imperativamente por una previa valoración positiva del hecho ordenado o prohibido. No obstante, la lesión objetiva de la norma no es lo fundamental, sino que el imperativo que debe ser realizado con la conducta encierra un valor. Lo valorativo y la determinación es común a todas las normas jurídicas, pero lo estrictamente imperativo es privativo de las normas penales. En esta otra medida, las normas

¹⁷ Este observación ignoraba el tratamiento de aquellas acciones que parecían idóneas sólo para quien las lleva a cabo, el problema propio de la tentativa inidónea.

¹⁸ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 33; Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), pp. 334-335.

¹⁹ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 19-20. Asimismo, menciona que las tendencias favorables al regreso a una concepción imperativista borra las fronteras entre ilícito y culpabilidad, al menos, considerando a la absoluta incapacidad de culpabilidad y al error de prohibición como excluyentes del ilícito mismo. Si el dolo forma parte del objeto de ilícito, la conciencia de la antijuridicidad integra el dolo, el error de prohibición excluye el dolo (ilícito), y, con ello, se pierden los límites entre ilícito y culpabilidad (ídem, nota 13 al pie).

²⁰ Conf. Pawlik, M., *La libertad institucionalizada, estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 115 y 117.

penales se conforman como imperativos *stricto sensu*, cuya configuración teleológica se adapta al cumplimiento de la misión del Derecho penal de conservar un orden social que garantice las posibilidades de desarrollo y participación en los bienes creados por la sociedad, restringiendo necesariamente el espacio individual de acción para impedir injerencias en los bienes jurídicos de una esfera ajena. De allí que Silva Sánchez derive que el Derecho penal tiene la misión de protección (negativa) mediante la prevención de un mínimo imprescindible por la restricción de las libertades individuales que supone la amenaza penal como limitación a las personas destinatarias. Concebida la norma penal mediante la motivación de imperativos trata de alcanzar una protección razonablemente satisfactoria de los bienes jurídicos, empleando en primera instancia la amenaza penal como medio menos lesivo para los derechos de la ciudadanía²¹.

En contrapunto a lo expresado por Sancinetti, con referencia a la norma penal como un imperativo, Silva Sánchez señala que los imperativos que dirige el Derecho penal, por su función preventiva, exigen evitar conductas antijurídicas a todas las personas (no sólo aquellas capaces de culpabilidad), en tanto exista una posibilidad mínima de recepción de la pretensión de orientar la conducta en contra de la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos. Las personas inculpables no están impedidas de actuar de modo distinto, sino que existe en ellas un déficit en la recepción del mensaje normativo distante a las condiciones de normalidad, pero no supone que sean inmotivables²². El hecho de un o una inculpable no se presenta como un objeto de un juicio despersonalizado de valor. Siempre existe una posibilidad de que el imperativo acceda a la persona. Por eso el hecho es antijurídico y su situación de inculpabilidad (anormalidad motivacional) hace que se prescinda de la pena. Bajo esta caracterización refiere Silva Sánchez que una verdadera norma penal es la formulación de un juicio de valor al que se une un imperativo, por lo que las normas *primaria* y *secundaria* contienen un carácter

²¹ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 338-339 y 352. Particularmente, Kindhäuser define el injusto jurídico-penal como menoscabo de las condiciones bajo las cuales pueden ser coordinadas las acciones conforme a una orientación al entendimiento, fundamentando la noción de bien jurídico en relación con la autonomía comunicativa de los y las participantes en el discurso social como determinadas propiedades de personas, cosas o instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo que protege la norma jurídico penal (conf. Kindhäuser, U., *La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad* (2011), pp. 110- 111).

²² Silva Sánchez expresa que el fin de motivación alude a las normas jurídico-penales como imperativos de conducta. La función de motivación de la norma penal opera sobre la persona al amenazarle con el mal de la pena para inclinar su decisión a favor del Derecho y en contra del delito. Esta función es un fin normativo con efectos legitimadores. Si la norma jurídico-penal motiva, el Derecho penal cumple su misión de protección por medio de la prevención. Ahora bien, la norma penal tendría un doble aspecto: es «enunciación» de una directiva de conducta y encierra la «conminación abstracta» de pena. Esta última, psicológicamente, constituye el fin de motivación. No obstante, Silva Sánchez introduce en la misión de motivación a la *norma secundaria* y a la *ejecución de la pena impuesta* porque generan un efecto de refuerzo sobre la norma de conducta. La lógica de motivación vía amenaza de pena contiene el peligro de penas lo más intensas posibles para reforzar la dirección de las conductas. Pero la norma penal está limitada por garantías formales y materiales de intervención para cumplir el fin de protección a través de la prevención (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 353 y ss.).

imperativo e hipotético²³. Esta naturaleza imperativa no varía por existir proposiciones jurídicas permisivas. Por ejemplo, las causas de justificación. Las proposiciones permisivas no constituyen normas autónomas, sino que son dependientes de la norma imperativa y la delimitan²⁴.

III.3. El modelo de norma del positivismo.

El modelo de delito de von Liszt en lo dogmático era objetivo-subjetivo. Los elementos objetivos caracterizaban el disvalor de resultado, que constituía el ilícito, y los elementos subjetivos fundamentaban el disvalor de acción, la culpabilidad. En esta teoría subyacía un fundamento preventivo-especial de la pena: proteger bienes jurídicos (intereses sociales determinados) con la aplicación indistinta de una *sanción* para quién hubiera o no podido comprender la norma, limitada por el concepto clásico de culpabilidad. Para explicar el disvalor de acción que manifestaba la actitud de rebeldía frente al ordenamiento jurídico acudió a un concepto de norma que englobaba el juicio de valor y el imperativo bajo el principio de que la norma podía determinar y motivar a la persona a cumplir la acción debida (mandato o prohibición), que no era la acción solo como objeto de la función de valoración²⁵.

Edmund Mezger resistió el cambio de paradigma²⁶. Concebía de modo puramente impersonal -objetivo- el ilícito mediante el imperativo «se debe», en lugar de tú debes. Sostuvo que el ilícito y la culpabilidad estaban orientados respectivamente, en principio, de modo objetivo y subjetivo. El injusto era concebido como contradicción contra el derecho. En este actuaba la norma objetiva de valoración. El *tú debes* era el ámbito de la norma subjetiva de determinación que se dirigía a la persona para que hiciese u omitiese y satisficiera la norma de

²³ El juicio de culpabilidad es la infracción del complejo de valoración y determinación de la norma de comportamiento. La teoría de los imperativos presupone el conocimiento de la norma. Su *desconocimiento* incide sobre la *eficacia*, no su carácter imperativo. Para inimputables caben dos posibilidades: a) *ex ante* no realizan una conducta antijurídica porque son totalmente inaccesibles al imperativo, o b) suponer que la incidencia motivatoria anormal no descarta la antijuridicidad de su conducta (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 344-345). El imperativo sólo se excluye en supuestos de ausencia de toda posibilidad de motivación (no hay antijuridicidad), como en niños de muy corta edad, oligofrénicos, en ataques de epilepsia, etc., ya sea por falta de acción o de tipicidad por ausencia de dolo, y de experiencia o conocimiento de cursos causales para obrar con previsión que fundamente la imprudencia (ídem, p. 349).

²⁴ Silva Sánchez sostiene que los imperativos penales resultan de la armonización de dos clases de enunciados valorativos: negativamente de los hechos lesivos de bienes jurídicos y positivamente de los hechos que salvaguardan o protegen determinados bienes o intereses jurídicos, un juego de valoraciones abstractas e internas al ordenamiento penal, aunque la valoración jurídico-penal sea únicamente expresada en la prohibición penal o la ausencia de ésta (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 340, 343 y 395, y nota 363 al pie de p. 395). Sin embargo, no siempre la norma primaria dispone efectivamente del refuerzo de la norma secundaria (la pena). La prevención con pena solo tiene lugar frente a culpables, a quienes se dirige la norma primaria apoyada en la secundaria, mientras que a los no culpables sigue dirigiéndose la primera (ídem, p. 360).

²⁵ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 22-23.

²⁶ Desvaneció completamente la objetividad del injusto el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, que produjo la fractura del concepto puramente descriptivo del injusto de Liszt, agregándose a esto los elementos subjetivos del tipo que requieren ciertas características subjetivas sin las cuales no se concreta la realización típica.

valoración. La norma de determinación se deducía de la norma objetiva de valoración. Refería a esa objetividad del siguiente modo:

“[...] la validez de las normas no depende de la aceptación ni del reconocimiento del destinatario de ellas. El objeto sobre el cual recae la «valoración objetiva» de la norma, en cambio, no tiene por qué ser algo, a su vez, objetivo, en el sentido de desprovisto de elementos de la voluntad [...]”²⁷.

Mezger defendía la distinción entre norma de valoración y de determinación porque fundamentaba y posibilitaba la diferenciación entre antijuridicidad y reprochabilidad:

“[...] De las normas objetivas de valoración se deducen las normas subjetivas de determinación, que se dirigen al concreto súbdito del derecho. La lesión de estas normas es de importancia decisiva, no para la determinación del ilícito, pero sí ciertamente para la de la culpabilidad; el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige «a todos» y la norma de deber como norma de determinación que se dirige sólo al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal [...]”²⁸.

La concepción del delito de von Liszt - Beling, defendida por Mezger, sin embargo, no pudo resolver el inconveniente dogmático que causaba el dolo en la tentativa. En el delito doloso consumado el dolo era un elemento de la culpabilidad, en la tentativa se transformaba, en cambio, en un elemento del tipo²⁹.

III.4. El modelo de norma del finalismo. La irresoluble respuesta al sentido del resultado.

Frente al positivismo, a mediados del siglo XX, surgió la respuesta del finalismo, que modificó la concepción de la estructura del ilícito y la culpabilidad, desplazando el dolo de la culpabilidad al injusto como objeto del juicio de disvalor, dejando sólo la valoración sobre el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad. El ilícito pasó a estar integrado por elementos objetivos y subjetivos³⁰. Según Welzel:

“[...] Debido a la ambigüedad del concepto objetivo ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un

²⁷ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 23-24 y 26. Mezger reconoció que la lesión de intereses jurídicamente protegidos no puede pensarse sin un sujeto que obra injustamente (conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), p. 2).

²⁸ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 25-26.

²⁹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 40 y ss.; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 24, entre otros. Tampoco pudo explicar la estructura de la imputación en los delitos de omisión, pues no responde a la acción como producción de una modificación en el mundo exterior reconducible a una voluntad humana. Por todos, Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo, Madrid, Civitas, 1997, pp. 237 y ss. nm. 12 y ss.

³⁰ Fue a partir de la teoría de la acción final de Hans Welzel, profundiza luego por su discípulo Armin Kaufmann y continuada por Diethart Zielinski, discípulo del segundo.

juicio de valor objetivo. [...] La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos [...]»³¹.

En efecto, Welzel modeló la doctrina del injusto personal sobre la base de su concepto de acción final³², en el cual la voluntad pasó a ser el contenido del juicio de antijuridicidad. La consecuencia sistemática inmediata fue que el dolo y la imprudencia se ubicaron como referencia del objeto del juicio sobre el ilícito, y sistemáticamente replanteó de modo trascendente la teoría del error. El dolo trasladado al ilícito era un dolo de hecho, desprovisto de la consciencia de la antijuridicidad y del poder obrar de otra manera, propio del libre albedrío. Estos dos configuraban la categoría sistemática de la culpabilidad. Con lo cual, diferenció el tratamiento de los errores en el conocimiento de la causalidad y los relativos al desconocimiento de la antijuridicidad mediante la llamada teoría estricta de la culpabilidad. Así, preservó la distinción dogmática entre ilícito y culpabilidad, con un juicio de disvalor sobre el hecho independiente del juicio de reproche³³. En este punto, Welzel elaboró el «argumento de la tentativa»:

“[...] si el contenido de la voluntad es una parte integrante necesaria de la acción de tentativa, seguirá siéndolo si el resultado se produce. Antes fracasa toda interpretación causal de la acción [...] El disvalor personal de la acción es el disvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal. El disvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El disvalor de resultado puede faltar en el caso concreto, sin que desaparezca el disvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea [...]»³⁴.

Sin embargo, Sancinetti observa que Welzel tuvo que admitir que en la acción coincidían las normas de determinación y de valoración con una doble función en el injusto como disvalor de acción y de resultado. En su última edición, este describía que la lesión del bien jurídico (el

³¹ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 27, con cita a Welzel.

³² El concepto de acción final de Welzel es la actividad humana causal dirigida por la voluntad. La acción final es ontológicamente una estructura del ser de la acción (estructura lógico-objetiva), previamente dada al legislador. Pawlik expresa que el modelo de ordenación de la personalidad humana de Welzel responde a la filosofía antropológica que buscaba diferenciar categorías de la realidad. La idea era que el hombre es un ser que actúa y se mueve por impulsos que puede dirigir con conciencia final su actividad, modificar y dominar el suceso causal. El suceso final por encima de lo causalmente determinado suponía que la persona dirigía sus acciones finalmente para determinar razonablemente su valor o desvalor. El injusto de Welzel sólo establece la capacidad de la persona de dirigir sus acciones por determinados impulsos de su voluntad. La conformación de esa voluntad quedaba para la culpabilidad (conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 115-118 y notas 32-33 al pie p. 117). Para Silva Sánchez la teoría final de la acción es una teoría general, no específicamente jurídica, que pretende aprehender la esencia de la acción humana. Por este motivo, Welzel pensó que el legislador sólo puede tomar como objeto de sus normas a acciones finales. Asimismo, la introducción de elementos subjetivos en el injusto limitó la antijuridicidad respecto de procesos causales de quien no pudo siquiera evitarlos o son producto del azar, implicando la expansión de espacios de libertad y la amplitud favorable de los errores del agente (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 350-351 y nota 262 al pie de p. 369).

³³ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 30. Este advierte como inevitable en toda teoría de la imputación la dificultad para trazar el límite entre finalidad y consciencia de la antijuridicidad en los elementos normativos del tipo. Citando a Jakobs, destaca que en algunos elementos normativos del tipo la relación subjetiva del autor o de la autora con el tipo penal no siempre es prácticamente separable de la relación subjetiva con el ilícito (ídem, nota 50 al pie p. 30).

³⁴ Ídem, p. 29.

disvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del disvalor de acción)³⁵.

Ahora bien, al criticar el concepto de acción finalista Pawlik se pregunta si debe existir correspondencia de cada una de las categorías del delito con los diferentes estratos de la personalidad distinguidos por Welzel. Si la capacidad de dirigir las acciones es lo único que establece la categoría previa de la acción final, el planteamiento reduce el concepto de acción a una habilidad técnica previa de lo humano, no menos naturalista que sus antecesores von Liszt, Radbruch y Beling, a quienes criticaba. El injusto personal de Welzel termina explicándose como un comportamiento defectuoso de un ser natural competente desde un punto de vista técnico. Si para Welzel el hombre es un ser portador de responsabilidad ética, todo aquello que minusvalore la responsabilidad implica directamente minusvalorar la propia categoría de hombre, reducirlo. Sobrevalorar el injusto como categoría autónoma no es convincente para una teoría antinaturalista que se satisface en lo personal-espiritual, que debería obtener la totalidad de sus conceptos fundamentales sobre el Derecho penal de la categoría del espíritu. La acción debería ser conceptualizada como una toma de posición respecto de las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir, una decisión libre y responsable sobre la necesidad de acatar las normas jurídicas, no solamente la decisión de transformar finalmente relaciones causales, por cuanto Welzel no ve la función del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos, sino en asegurar la vigencia de los valores del comportamiento a través de la amenaza penal y la pena para quien actúa realmente fuera en Derecho. Asimismo, señala Pawlik que el primer Welzel, en la imprudencia inconsciente reconocía que el injusto y la culpabilidad se desenvolvían inseparablemente (no hay injusto sin culpabilidad). De esta forma, el intento de aquel de conciliar la división entre estos fracasó desde las propias premisas del sistema, que apuntaban a algo distinto: un concepto global de injusto que abandone la diferenciación³⁶.

Ahora bien, Armin Kaufmann (discípulo de Welzel), con basamento en la teoría de las normas, aportó a la teoría del ilícito personal la concepción de un ilícito sustentado únicamente por el disvalor de voluntad. Entendía que toda norma presupone necesariamente un juicio de

³⁵ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 30-32. Se observa que Welzel tendría que haber derivado la absoluta irrelevancia del disvalor de resultado, pues no tendría ninguna función en el concepto de ilícito ya que la norma de valoración sólo podría emitir un juicio de valor negativo sobre aquello mismo que constituyera el objeto de la determinación del autor: su decisión de acción (ídem, nota 60 al pie p. 32). En sentido similar, Silva Sánchez indica que algunos posibles defectos prácticos de enjuiciamiento que se producen al valorar *ex post* lo sucedido *ex ante* bajo una prognosis objetiva-posterior sería no ponerse en lugar del o de la agente, aumentar las exigencias del comportamiento al haber observado ya las consecuencias del hecho y afirmar la gravedad de la infracción del deber en función de las consecuencias resultantes (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 385-386 y nota 325 al pie de p. 386).

³⁶ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 115-118, con especial referencia en notas 32-33 al pie p. 117. Relacionado con esta observación crítica, Silva Sánchez destaca que, si el imperativo de la norma penal se dirige a la voluntad de la persona destinataria, la voluntad contraria y la concreta forma en que se configure integran la infracción del imperativo (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 350-351).

valor. Rescatando el modelo de Binding, elaboró la relación entre norma y juicio de valor en una secuencia escalonada. Un primer juicio de valoración positivo de la norma es sobre los llamados bienes jurídicos. Por ejemplo, la vida debe ser. Un segundo juicio de valoración negativo de todo acontecimiento que lesiona un bien jurídico. Es decir, el resultado contrario al valor de la norma constituye el disvalor de resultado³⁷. Sobre este esquema, fundamentó que el acontecimiento imputable a una persona es la finalidad que lo transforma en obra de la voluntad, por lo que decisivo es el disvalor (o valor) del acto denominado «ilícito personal», que tiene a la persona como objeto de ese juicio. El paso de la valoración a la orden, del juicio de valor a la norma, al deber, determina la identidad entre la tradicional norma de valoración y norma de determinación. Se señala así que Kaufmann coincidía con Welzel sobre la conexión entre juicio de valor y norma en dos puntos: toda norma está constituida por juicios de valor acerca de actos que le preceden, y el juicio de valor y la norma tienen a la persona como objeto de esos actos³⁸.

El juicio de disvalor para Kaufmann se satisfacía con la mera capacidad de acción, sin necesidad que la persona pudiera motivarse efectivamente por la norma. El contenido de la prohibición era siempre una acción final y el alcance de la acción agotaba el objeto de la prohibición. Con ello intentó superar la antigua dificultad de la teoría de los imperativos para concebir un ilícito sin culpabilidad. A su vez, la distinción entre ilícito y culpabilidad se mantenía con el objeto de la norma de valoración y de la norma de determinación inalterados como en Mezger. En el planteamiento de Kaufmann sólo los juicios de valor sobre acciones finales eran fundamento de la norma. Con esto sostuvo que la tentativa acabada reunía el contenido total del ilícito imputable y el resultado carecía de función, salvo en el delito imprudente donde operaba como condición objetiva de punibilidad para compensar la indeterminación del tipo. De este modo propició la equiparación de pena entre consumación y tentativa acabada, y su disminución sólo para la tentativa inacabada en el entendimiento que el autor no cumplió todo su plan del hecho³⁹.

³⁷ Este cumpliría la función de la norma de valoración de Mezger.

³⁸ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 33 y ss. En opinión de Silva Sánchez, lo decisivo del finalismo no fue el concepto ontológico de acción, sino la concepción de la antijuridicidad como infracción de imperativos. En la teoría clásica de los imperativos lo esencial era la infracción del deber que emana del imperativo que la conducta como núcleo del hecho antijurídico manifestaba como infracción del deber, no el resultado que secundariamente sustentaba el juicio de antijuridicidad formal del hecho. El inconveniente era que exigía la culpabilidad como presupuesto de la antijuridicidad, resultando imposible prescindir de los elementos subjetivos. Posteriormente, se consideró a la antijuridicidad como juicio objetivo constituido por elementos objetivos y subjetivos, contraponiendo *ex post* lo objetivo material (lesión del bien jurídico) a lo *ex ante* subjetivo-formal (infracción del deber). El finalismo no abandonó la teoría clásica de los imperativos, sino que la profundizó mediante una propuesta dualista para resolver tensiones entre voluntad y resultado. El hecho injusto es lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la ejecución representa una voluntad contraria a la comunidad. El desvalor de la acción se convierte en desvalor de intención y el desvalor del resultado en lesión del bien jurídico (conf. *Aproximación...* (1992), p. 369 -particularmente, nota 262 al pie- y pp. 384-385).

³⁹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 35 y ss.

Particularmente, Sancinetti critica el planteamiento de Kaufmann. En primer lugar, que atribuye al resultado en el delito doloso (como realización del dolo del hecho) una función distinta que en el imprudente (como condición objetiva de punibilidad). Para Sancinetti, la diferencia sólo tendría que reflejarse en la mayor gravedad del disvalor de acción y no el carácter constitutivo del resultado para el ilícito. Por eso, interpreta la equiparación de la penalidad de Kaufmann como la imposibilidad de diferenciar el juicio de reproche y no la identidad del juicio de ilícito. En segundo lugar, la distinción entre los juicios de valor tendría que valer por igual para la fundamentación del ilícito como voluntad opuesta a la norma y para las proposiciones permisivas, puesto que las causas de justificación expresan la tendencia de realización del valor de acción. Kaufmann aceptó la exclusión del ilícito sólo cuando *ex ante* falten por completo los presupuestos concurrentes de la justificación. Es decir, para la tentativa idónea de actuar justificadamente⁴⁰.

Ahora bien, la idea de una norma continente de deberes imperativos que reflejan lo ilícito del comportamiento fue continuada por Diethart Zielinski (discípulo de Kaufmann), reformulando el punto de partida. En efecto, dejó de lado el concepto ontológico de acción de Welzel para superar en el ilícito la tensión entre lesión al bien jurídico (disvalor de resultado) e infracción a la norma (disvalor de acción). A cambio, postuló la comunicabilidad del contenido normativo del ordenamiento jurídico como una función de valoración y de regulación para la convivencia por medio de mandatos y prohibiciones para la evitación de resultados jurídicamente disvaliosos. Los mandatos y prohibiciones se dirigen a la voluntad de las personas y orientan la actividad humana hacia fines positivamente valorados. En este sentido, para Zielinski si a la norma se le atribuye una función de determinación sólo es por los mandatos y prohibiciones. Son indiferentes las condiciones reales de seguimiento, siendo decisivo poder realizar la acción que constituya su cumplimiento. Así, el incapaz de culpabilidad mientras pueda actuar con finalidad es sujeto del deber, que a lo sumo actúa bajo error de prohibición⁴¹.

Zielinski no rechazaba la concurrencia de normas de valoración en el juicio de ilicitud. Por el contrario, derivaba todo juicio de disvalor sobre la acción del juicio de valor primario sobre el estado de cosas objetivo. El paralelismo entre norma de valoración y norma de determinación de Mezger lo redefine por el entre juicio de valor primario sobre la situación objetiva de hecho que reviste valor y la norma y el juicio de valor secundario sobre la acción que fundamenta el ilícito exclusivamente en la acción. El resultado estaría presente en el juicio de disvalor sobre la acción por la necesidad de protección del bien jurídico. Sin un disvalor de

⁴⁰ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 36-37.

⁴¹ Ídem, pp. 37-38.

resultado al cual esté dirigida la acción, tampoco es posible un disvalor de acción. No hay acciones cuyo disvalor no esté referido a un bien jurídico. Toda prohibición penal sirve a la protección de un bien jurídico. De esta forma, la acción es objeto de la norma. El contenido de la prohibición jurídico-penal tiende a evitar la realización de la acción valorada negativamente (lesión al objeto de bien jurídico, juicio de valor primario), a la vez, el mandato se convierte en objeto del juicio de valor secundario negativo. Quien transgrede la norma realizaría la acción final prohibida y omitiría la mandada, alcanzando el objeto del juicio de valor secundario (ilícito en sentido penal) que la norma tiene por misión evitar⁴².

Entonces, para Zielinski el ilícito era aquello que no debe ser según la norma, que sólo puede materializarse en una acción final dirigida a la lesión del objeto del bien jurídico. Según esto, el injusto penal es la realización del objeto del juicio de valor secundario sólo si el dolo resulta constitutivo del ilícito. El ilícito doloso se justificaría si a la voluntad disvaliosa de realización se contrapusiera una voluntad valiosa preponderante (la voluntad de salvamento). Vale decir, el elemento subjetivo de la justificación fundamenta su exclusión. Así, al resultado no le cabría ninguna función en el ilícito y, por ende, el merecimiento de pena de la tentativa acabada debería ser idéntico al del delito consumado. Sólo el disvalor de resultado incidiría en la punibilidad como fundamento de la necesidad de pena, ubicando a la tentativa con menor necesidad de pena con relación a la consumación⁴³.

Recapitulando, sí el injusto es la acción final contraria a deber, la norma de determinación del delito consumado sería idéntica a la tentativa acabada y la mayor necesidad de pena en la consumación radicaría en el disvalor de resultado que gravitaría restringidamente en la punibilidad. Esta concepción interpreta que el ilícito está constituido únicamente por el dolo como voluntad de realización y de decisión de acción, no por su efectiva realización.

En opinión de Sancinetti, lo novedoso de Zielinski fue la estructura idéntica del ilícito en el delito doloso e imprudente (posición monista), un hecho de autor único o colectivo, distinguiendo entre dolo de lesión y dolo de peligro⁴⁴. En efecto, sí el juicio de valor primario de la norma alcanza al valor de la situación de hecho objetiva (Kaufmann), no probaba que la infracción a la norma también sea caracterizada por la situación de hecho objetiva que resulte de la acción. Sólo la decisión de voluntad integraría el ámbito de lo disvalioso, según la norma. Por lo cual, del juicio de valor primario sobre el estado de cosas, por ejemplo, la vida vale (debe-ser), se debe derivar el juicio (des)valor secundario sobre la acción como decisión de voluntad, por ejemplo, la acción de homicidio no vale (debe-no-ser). Entonces cuestiona

⁴² Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 38-39.

⁴³ Ídem, p. 40.

⁴⁴ Ídem, pp. 41-42 y nota 103 al pie.

Sancinetti: ¿por qué debería derivarse de un concepto de norma valorativa la consecuencia de que el resultado de la acción también debe ser valorado en el ilícito? ¿Cuál debería ser el objeto (des)valorado por la norma? Stratenwerth sostuvo contra Kaufmann que el disvalor de resultado residiría en elementos del ilícito que abarcan la norma de valoración más allá de la de determinación, como contrapartida del disvalor de acción⁴⁵. No obstante, Sancinetti marca que, si en la pena el juicio de valor a soportar por el autor o la autora no debe exceder del disvalor de voluntad, el concepto de norma de valoración debe fundamentar un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción, siendo incorrecta la idea de Kaufmann que el objeto de la norma es idéntico al del juicio de valor correspondiente⁴⁶.

III.5. Nuevas respuestas al problema de la norma penal y la función del resultado.

El concepto de norma de determinación por sí solo no sirve, ni es excluyente. Una concepción imperativista admite la simultaneidad de la norma de valoración y de determinación. Algunas concepciones de la norma penal como imperativo no desconocen una función concomitante de la norma de valoración, aunque descartan una función autónoma de esta última (v.g., Silva Sánchez, Robles Planas, Pawlik). Otros, sobre la base de la función motivadora de la norma devenida en deber para proteger una situación objetiva *ex ante* valiosamente considerada, ven al dolo como el único elemento constitutivo del ilícito penal (Kaufmann, Zielinski, Struensee, Sancinetti). Sin embargo, en más o en menos, todas han debido reconocer el disvalor de resultado en el ilícito. Ahora bien, dentro de esta argumentación, debe responderse qué es la infracción al imperativo de la norma. ¿La mera oposición al deber, la falta de motivación del destinatario o de la destinataria con capacidad para esto, o el comportamiento motivado que contraría el contenido del deber? Previamente se intentará abordar la delimitación entre ilícito y culpabilidad⁴⁷.

Parte de la respuesta podría encontrarse en las decisiones político-criminales del legislador. Por ejemplo, el artículo 44, párrafo primero, del Código Penal argentino impone una pena más leve para la tentativa del delito que al respectivo delito consumado; o la imprudencia sólo es punible si la acción contraria al deber produce el resultado y, de este modo, el resultado

⁴⁵ El modelo de norma de valoración de Mezger distinguía entre disvalor de acción y de resultado.

⁴⁶ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 45-46.

⁴⁷ Ídem, pp. 46-47. Se incluye algo más que el incumplimiento de un imperativo si se admite en el ilícito algo que no dependa de la decisión. Por eso, la norma como imperativo que tiende a motivar requiere algún argumento externo que justifique la decisión. Sin embargo, cualquier concepto de ilícito implica recurrir a un concepto de norma, previamente decidida (ídem, notas 9 y 11 al pie).

integraría el ilícito⁴⁸. Sin embargo, para Sancinetti el concepto de norma no es deducible de los textos legales, señalando como recurso ineficaz y, a la vez, tautológico a una solución del sistema que se explique por otra regla que dé sentido a la consecuencia jurídica sin infringir las proposiciones de este. Por eso, otra manera de responder el interrogante es partir de la teoría de la pena. Para Sancinetti esta opción es poco exitosa, por la poca correspondencia de los axiomas de la teoría de la imputación con las teorías de la pena y porque estas constituyen un criterio inseguro para resolver el problema de la estructura del ilícito. Por ejemplo, la teoría de la retribución puede ser interpretada de modo distinto según se busque retribuir culpabilidad por la acción o el resultado (según Sancinetti). Arguye como poco probable que de alguna teoría de la pena derivase *ab initio* un efecto determinado sobre la función del disvalor del resultado⁴⁹.

Ahondando más sobre ello, Mir Puig sostiene que, en un Estado social y democrático de Derecho, la pena sólo estaría justificada por la protección de bienes jurídicos mediante la motivación de acciones tendentes a afectarlos. La norma penal la entendería sólo como un imperativo. Sancinetti critica la prevención del daño a través de la disuasión de acciones, tildándola de *dogma de legitimación preventivista*. Achaca que no puede incorporar el resultado al ilícito y que la explicación de la legitimidad de la pena no puede conducir a un único concepto de ilícito, menos derivar el punto de partida de una estructura de Estado, porque cualquier modelo de estado es un sistema jurídico motivador de conductas. El ilícito puede consistir en la producción de un daño y el disvalor de voluntad o sólo el disvalor de voluntad, sin que necesariamente se vincule a un tipo de Estado⁵⁰.

Ahora bien, es plausible que el punto de partida del ilícito penal debe apoyarse en la norma y, a su vez, esta debe funcionar como referencia del sistema. El concepto debe estar orientado y limitado por los principios de legalidad, culpabilidad y lesividad, para concebir estrictamente un Derecho penal de hecho. Es acertado que no hay un único concepto de norma que pueda acabar la discusión por sí solo, sino que alguno será presupuesto del concepto del injusto. Se trata de optar por cual resulte más racional. Concretamente, elegir entre un concepto de norma que motive u otro que valore en primera medida. En efecto, para circunscribir la norma a una mera valoración de estados hay que justificar qué valora, si la acción de la persona

⁴⁸ Silva Sánchez reserva para el ilícito penal la función preventiva de motivación con la prohibición o el mandato contenida en la norma primaria de comportamiento, bastando para su infracción la constatación *ex ante* de una conducta riesgosa para algún bien jurídico penalmente protegido. En este punto, la función de garantía de las categorías dogmáticas de culpabilidad y lesividad *ex post* inciden la sancionabilidad penal. Asimismo, la comunicabilidad entre culpabilidad e injusto podría afectar la intensidad y necesidad de pena hasta el extremo de situaciones de ausencia o disminución de la culpabilidad disminuirían el merecimiento de pena en sí del hecho. Opuestamente, Sancinetti señala que el injusto y la culpabilidad no constituyen el marco de las condiciones de punibilidad, sino que las denominadas «condiciones objetivas de punibilidad» son el conjunto de circunstancias heterogéneas que condicionan la sanción sin incidir en la medida de la violación culpable de la norma, que queda intangible (conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 47 y ss.).

⁴⁹ Ídem, pp. 51-52.

⁵⁰ Ídem, pp. 55-56, con referencias en nota 33 al pie.

o el resultado. Si tendemos a un concepto de norma que llegue a sus destinatarios/as, basado en la motivación del comportamiento, se debería precisar si el ilícito está constituido por la voluntad o el resultado, o ambos a la vez. Para cualquier alternativa, será un concepto de ilícito plausible aquel que satisfaga las necesidades político-criminales de legitimación, de acuerdo con el programa constitucional de garantías del Estado, que permita arribar a soluciones sistemáticamente justas, sin contradicciones, y que abarque en su respuesta los planteamientos de las diversas teorías de la justificación del castigo, aun cuando no se incline específicamente por ninguna. Dicho de otra manera, el concepto de norma debe ser propuesto y contrastado (refutado) para la corroboración del punto de partida⁵¹.

III.5.a. La infracción de la norma de conducta como decisión de actuar.

Según Sancinetti sólo se puede hablar de contrariedad al derecho en sentido subjetivo. El acto ilícito presupone el conocimiento de la infracción por la persona. Sólo su acción, no el resultado, puede ser objeto de la norma⁵². Para esto considera que las sanciones del Derecho penal estigmatizan la conducta ilícita, simbolizan que lo que sucedió es malo (“debió no ser”) y que lo que «alguien hizo» está mal (“debió no hacerlo”). La calificación del acto de *malo* e *indebido* construye el juicio de valor primario de la norma, sustentando el reproche de culpabilidad: «debe responder por su hecho ilícito», no bastando solamente la libertad de decisión. Un sistema de imputación guiado por el principio de culpabilidad es constitutivo del ilícito, que para Sancinetti requiere que represente un reproche sólo personal, ceñido a la decisión de acción. Lo que exceda a esta constituirá un elemento causal ajeno a la persona, una atribución injusta. La producción del resultado no agrega más decisión de afectación⁵³.

En la relación entre ilícito y reprochabilidad, necesaria de partida, Sancinetti expresa como núcleo de su tesis que el ilícito es el objeto de referencia de la culpabilidad, contenido en la decisión de voluntad del autor. El resultado es posterior, aunque concurren circunstancias que constituyen el disvalor de la situación objetiva del juicio de valor primario. Por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el hurto. Se puede valorar en el ilícito solamente aquello que integra el contenido del imperativo (por lo que se quiere motivar), y ser única esta valoración. Dentro de la norma de conducta, las normas de valoración y de determinación tienen objetos idénticos.

⁵¹ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 57-58.

⁵² Ídem, p. 19. Silva Sánchez hace alusión a la *eficacia de la motivación de las normas penales*, presumiendo la posibilidad de sus destinatarios de conocerlas en general, aunque sea por cauces indirectos, suponiendo que será recibida en su específica dimensión y no confundida en el complejo de normas sociales (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 358-359).

⁵³ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 61-62.

Un juicio de valor primario en ambas integrado por el valor del estado de cosas previo a la acción (positivo) y el disvalor de una acción perjudicial sobre este (negativo)⁵⁴. No obstante, el resultado alcanza al disvalor de acción, en la medida que la voluntad de la persona toma una decisión consciente y final de realización contra el objeto del bien jurídico. Es decir, influye en la gradación del juicio de disvalor en función del «grado de posibilidad de afectación del objeto de bien jurídico» que la persona asumió en su «plan de acción» y, principalmente, en los delitos imprudentes⁵⁵.

Con su concepto de ilícito circunscripto exclusivamente al disvalor de la acción *á la* Zielinski, repara Sancinetti que la idea del resultado, que cataloga como *dogma causal*, es producto de la casualidad, es primitiva, animista y mágica. Pretende anteponer a este dogma un ilícito exclusivamente considerado en el disvalor de acción, en la voluntad, que advierte sería una desviación del derecho a la moral para el dogma causal. Al contrario, Sancinetti denuncia que este dogma ha constituido una garantía de punición mayor en lugar de una garantía liberal. Por ejemplo, si hay un muerto, hay un verdadero delincuente; si el homicidio es frustrado sólo hay un delincuente con maldad frustrada. Esto lo denomina el *mito del resultado*⁵⁶. Denuncia que la imputación del resultado contiene dos aspectos de garantía que serían falsos. Primero, que juzgar la acción por sus consecuencias excluiría la arbitrariedad de ingresar a las intenciones de la persona, porque el resultado encierra el juicio de disvalor atribuible a la acción que lo causa. Esto lo denomina el *mito primario*, al que le atribuye haber agravado el ilícito. Segundo, que el resultado permite presumir que el autor o la autora lo causa y sospechar que lo quiere, que identifica el *mito secundario*. Denuncia así que el resultado adquiere una función de reemplazo, una presunción (inaceptable) que el hecho de la lesión hace presumir el dolo hasta que se pruebe lo contrario. En lugar de probar el dolo, se presume arbitrariamente que tiene dolo si alcanza el resultado, pues lo ha querido. Si no lo alcanza, al contrario, se presume que no ha cometido siquiera tentativa. Esto arroja el tratamiento como delitos dolosos consumados a más casos de los que efectivamente se haya actuado con dolo, y a la inversa, menos casos como tentativa de aquellos en los que se da comienzo a la ejecución, culminando o no el plan de acción (tentativa acabada o inacabada)⁵⁷.

⁵⁴ Schünemann era contrario a la idea de concebir la norma primaria como norma de determinación. Circunscribía a esta última como derivación necesaria de la norma de sanción, presuponiendo una valoración negativa del hecho. La construcción de la antijuridicidad en la norma primaria excluye la relevancia del resultado en el injusto, más allá de las pretensiones sancionatorias (conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 377).

⁵⁵ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 62 y ss.

⁵⁶ Ídem, pp. 66-67. Denuncia la correspondencia entre disvalor de resultado y derecho penal liberal como *falacia del silogismo de correspondencia*, refutando que la protección de bienes jurídicos no puede concluir si el resultado es elemento del ilícito o la punibilidad (ídem, pp. 80 y ss. y 135).

⁵⁷ Ídem, pp. 68 y ss.

En efecto, Sancinetti marca que la efectiva producción del resultado como infracción es legataria del pensamiento primitivo, de la responsabilidad objetiva. Así, la tentativa calificada por el resultado se convierte en delito consumado. Otra dificultad sería que la producción del resultado opere contra la persona como garantía de incriminación del delito doloso consumado, lo cual ocurre en la discusión sobre producción anticipada del resultado y casos de *dolus generalis*⁵⁸. En cambio, según él, una teoría subjetiva del ilícito resulta acorde para juzgar la decisión contra la norma que prohíbe afectar el objeto de bien jurídico, como en las discusiones de dolo eventual o de delimitación entre dolo de lesión y delito imprudente, pues la persona sólo puede representarse el curso causal más o menos posible de su acción, mientras que la producción efectiva del resultado, como cualquier otra causa, es producto del azar, de la arbitrariedad⁵⁹.

La tesis de Sancinetti es que el juicio de disvalor del ilícito se circunscribe a aquellos elementos del hecho que dependen de la decisión de acción, excluyendo lo que exceda del contenido de la voluntad. La consecuencia dogmática fue postular a la tentativa acabada como centro de la imputación, descartando la idea de ampliación de la tipicidad del delito consumado. Por su parte, la tentativa inacabada es considerada una ampliación de la norma de la tentativa acabada. Su conclusión es que la conducta prohibida por la norma del delito consumado (la estructura total del ilícito) se encuentra en la norma de la tentativa acabada. Particularmente, en este planteamiento, la estructura de la tentativa deberá ocuparse de la graduación del disvalor del dolo como progresividad de la realización de la decisión que, a su vez, determina una gradación progresiva de elevación del ilícito que transmuta desde la tentativa inacabada hacia la tentativa acabada, que es la culminación de la acción. Esta gradación del ilícito por medio de la progresividad del disvalor de acción mediante el análisis de la gravedad del dolo, no se circunscribe al carácter directo o eventual, sino al grado de probabilidad de daño representado por la persona⁶⁰. Con lo cual supone que cada paso de voluntad infringirá una norma derivada (un juicio de disvalor secundario) de la norma máxima (tentativa acabada) que prohíbe la conducta final que, a su vez, proviene del juicio de valor primario anterior a la acción (delito consumado). El primer juicio de disvalor secundario sobre la acción constituye el comienzo de ejecución, que terminaría en la tentativa acabada como último impulso de decisión. El comienzo de ejecución contrapone ya la voluntad frente a la norma. Cada impulso de voluntad para

⁵⁸ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 122 y 126. Reflexiona que la retribución a partir del resultado lleva a concluir que la causalidad misma es una infracción y el daño la violación de la norma. Perspicazmente apunta que en las teorías normativas (restrictivas de la causalidad) o la actual teoría de la imputación objetiva ocultan la sensación que la idea de la atribución de un resultado a una acción ya implica culpa (ídem, p. 128).

⁵⁹ Ídem, pp. 74 y 127.

⁶⁰ Ídem, pp. 135-136 y 143.

conseguir la totalidad de la acción genera un grado mayor de desvaloración que tiende a la oposición total de la norma máxima de la prohibición que es la tentativa acabada. Cuando la persona ha dado el último paso, se representa que es suficiente para alcanzar el resultado conforme al plan (tentativa acabada), infringe la misma norma que el delito consumado. Por eso, de la norma de la tentativa acabada derivan las otras normas intermedias. El ilícito queda lógicamente dividido en tantas normas derivadas como pasos de acción requiere el plan⁶¹.

Ahora bien, señala Sancinetti que la teoría de los imperativos de Binding constituye un sofisma. Es falso que la prohibición del todo implique la de sus partes (*a maiore ad minus*). Con un *argumento a fortiori* debería operar en dirección contraria (*a minore ad maius*), pues si está prohibida una parte lógicamente se puede inferir la prohibición del todo, pues requiere de esa parte, no a la inversa. De allí que la norma de la tentativa acabada no puede implicar por sí la prohibición de los actos previos (tentativa inacabada). Si bien son necesarios, no son suficientes para la acción prohibida. Por esto, requieren una norma objetiva que decida la punibilidad de los actos preparatorios (en su concepción, de la tentativa inacabada). En efecto, necesariamente lo ilícito en la tentativa inacabada es de menor gravedad que en la tentativa acabada. El correlato normológico de una fragmentariedad subjetiva incide en la relación entre juicio de valor y norma, implicando en la tentativa inacabada otra norma de valoración, que no está abarcada por la norma de determinación que prohíbe el desarrollo final de la acción. Un juicio de disvalor distinto significa tipos penales diferentes en estructura subjetiva y objetiva⁶². Esta fragmentariedad subjetiva -en opinión de Sancinetti- define el tipo objetivo como marco de referencia del dolo. De modo que la principal premisa del ilícito personal sería que el disvalor de acción es más intenso cuánto mayor haya sido la seguridad de la persona de poder afectar el objeto de bien jurídico. En otras palabras, tiene dolo cuando se ha representado realizar aquello que, desde la norma correspondiente, constituye el marco del tipo objetivo. Por ejemplo, quien apoya el revólver en la sien de la víctima tiene suficientes razones para considerar infalible su acción, aunque no logre su muerte porque sobrevive en estado vegetativo, en comparación a quien dispara desde gran distancia que casualmente logra el resultado. Sancinetti postula que en la tentativa inacabada la persona sólo tiene dolo en cada paso de acción que realiza, reconociendo la existencia de un tipo de intención interna trascendente para los pasos de acción futuros hasta la tentativa acabada. Con esto consigue necesariamente una estructura conceptual común de dolo en la tentativa acabada (directo de primer grado, indirecto o de segundo grado y eventual), que desde el punto de vista político-criminal justifica el tratamiento unitario de la

⁶¹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 422-423.

⁶² Ídem, p. 424. Toda construcción *a fortiori* oculta un argumento de carácter valorativo con fuerza de lógica, al igual que con los argumentos *a pari* -analógicos- (ídem, nota 181 al pie).

penalidad en la consumación. Aquí subyace la premisa que todo delito de daño puede ser cometido dolosamente, aunque la persona no tenga seguridad de la producción del resultado, pues detrás de la norma está prohibida la elevación del riesgo por la acción que produzca el resultado desvalorado por el juicio de valor primario, cuya intensidad es independiente del disvalor de intención en sí mismo (clase de dolo). Recién en la tentativa acabada, por el disvalor reflejado en la voluntad, se infiere el riesgo subjetivamente asumido, esto es, la consciencia o dolo de peligro⁶³.

Por último, la postura Sancinetti modifica la sistemática tradicional del finalismo pues a la motivación la distingue del dolo. En efecto, el juicio de disvalor sobre la acción (juicio de valor secundario la decisión de voluntad y el plan de acción) necesariamente se fundamenta en el previo juicio de valor sobre la situación de hecho objetiva (identificado como juicio de valor primario). Por ejemplo, qué posibilidades hay de matar a otro con un arma de fuego. Con lo cual, traslada la motivación de la acción a la reprochabilidad, desvinculándola del injusto. Según Sancinetti, la motivación (cómo y por qué se forma la voluntad) no debería aumentar el disvalor sobre la decisión de acción (exclusivo del injusto). El grado de dolo debería valorarse en el ámbito de la determinación de la pena, salvo que el tipo penal expresamente requiera un comportamiento de dolo directo, en cuyo caso, se trata análogamente como elemento del ánimo, entendiéndose como elemento subjetivo especial distinto del dolo. Por ejemplo, los delitos cometidos con odio racial o religioso, con ánimo de lucro, etc⁶⁴.

Las principales críticas que se formulan a esta tesitura es quitar trascendencia al resultado y fundar el ilícito solamente en el desvalor de acción, cuando la realización del tipo presupone tanto un desvalor de la acción, como de resultado. En efecto, no puede explicar los delitos imprudentes que requieren constitutivamente un resultado. Además, asimila la tentativa acabada con la consumación, cuando la evitación del resultado inspira la prohibición de comportamientos peligrosos que representan en la consumación la efectiva lesión de los bienes jurídicos. La idea de Sancinetti controvierte la base del desvalor del acto en los principios de la imputación penal y del derecho positivo vigente⁶⁵.

Roxin rechaza la concepción del injusto afincado sólo en el desvalor de acción. Entiende que la acción típica es una unidad de factores internos y externos, incluido el resultado. Desvalor de acción y de resultado serían objeto, respectivamente, de la norma de determinación y de valoración en la que se basa el injusto personal. Roxin argumenta que no puede existir un

⁶³ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 148, 150, 425 y ss.

⁶⁴ Ídem, p. 154. Jakobs señala que en los delitos de resultado cortado se determina el injusto en la tentativa el motivo trascendente -dolo cualificado- (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 371 nm. 90).

⁶⁵ Conf. Domínguez Correa, Marcelo, *El desistimiento de la tentativa*, Buenos Aires, BdeF, 2013, pp. 72-73.

injusto penal sin resultado externo (comienzo de ejecución o consumación). De lo contrario, se constituiría en un Derecho penal del ánimo⁶⁶.

III.5.b. La infracción de la norma penal a partir de reglas de imputación. Algunas similitudes con el modelo de la norma primaria de Mezger.

Mañalich, con base en la filosofía de la acción, expresa que la realización imputable del tipo básico de un determinado género delictivo se corresponde con el quebrantamiento imputable de la *norma primaria de comportamiento*, susceptible de ser pragmáticamente inferida a partir de la correspondiente *norma secundaria de sanción* (cuyo supuesto de hecho - atómico- se identifica con el tipo de delito genérico). En su clasificación, la norma de comportamiento del tipo comisivo se corresponde con una norma de prohibición y el tipo omisivo con una norma de requerimiento. La norma de prohibición es una razón autoritativamente perentoria para la omisión de acciones de cierto tipo, mientras que la norma de requerimiento es una razón de la misma naturaleza para la ejecución de acciones de cierto tipo. Con esta denominación pretende neutralizar cualquier resabio imperativista de la norma de mandato, aunque en esencia refiera a lo mismo: la conducta esperada que se debía realizar. Mañalich afirma que esta caracterización es la combinación del concepto de delito-género de Binding y de tipo de Beling⁶⁷.

En efecto, Mañalich afirma que la antinormatividad de un comportamiento con potencial de relevancia jurídico-penal tiene que ser entendida como una *propiedad superviniente* al conjunto de las normas primarias, que exhibidas sobre el comportamiento determinan que pueda ser descripto como no-omisión de una acción prohibida o no-ejecución de una acción requerida. Una consecuencia fundamental de este entendimiento es la caracterización *ex post* de la antinormatividad del comportamiento, cuando satisface la descripción específica de las propiedades supervinientes derivadas de la norma primaria. Vale decir, la antinormatividad depende de la comprobación satisfactoria de la descripción que confiere relevancia causal al acaecimiento del resultado en una norma de tipo de *acción causalmente resultativa*, cuando ocurre la no omisión de la acción prohibida que produce el resultado o la no ejecución de la acción requerida para impedirlo⁶⁸.

⁶⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (1997), pp. 323 y ss. nm. 95 y ss. Una posición similar muestra Silva Sánchez en *Aproximación...* (1992).

⁶⁷ Conf. Mañalich, J., *La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica* (2017), pp. 462-463.

⁶⁸ Ídem, pp. 463-464.

Ahora bien, la comprensión de la norma de prohibición reforzada por la norma de sanción debe formularse, para Mañalich, desde un punto de vista objetivo *ex ante* que prescinda de toda referencia al condicionamiento causal del resultado del tipo de acción sometido a la respectiva norma. Señala que no existe confusión sistemática entre el contenido (lo semántico) y la función (la pragmática) de las normas de comportamiento, ni entre las condiciones de antinormatividad y los presupuestos de imputación. De la *función pragmática* de determinación (*ex ante*) de la norma primaria⁶⁹ no se sigue que su «contenido semántico» necesariamente deba quedar reducido a una descripción que prescinda de la especificación de circunstancias cuya efectividad sea constatada *ex post*. Al contrario, el carácter prohibido o requerido de una acción es necesariamente intensional, relativo a una determinada descripción. Una de las maneras de describir una acción es su puesta en relación con alguna/s de sus consecuencias, lo que supone la caracterización de la norma de comportamiento como razón externa. Si una persona cuenta con una razón para hacer o no “x” en una situación “y” donde la norma resultaba aplicable, debe diferenciarse si podía situacionalmente responder a la razón que la norma representa y convertirla en motivo para su comportamiento. Una persona puede comportarse de modo objetivamente contrario a la norma (razón externa para actuar) y, al mismo tiempo, no merecer crítica alguna al no haberse representado la situación determinada por la norma, ya que la norma como razón externa no fue transformada en motivo dominante. Vale decir, no se configura con el comportamiento la propiedad superviviente de la antinormatividad⁷⁰. A la inversa, hay situaciones cuyo déficit es reprochable, a pesar de que las propiedades fundantes del comportamiento impidan predicar la antinormatividad⁷¹, caracterizándose aquí a la estructura del comportamiento imputable a título de tentativa de delito, o a quien desconoce las circunstancias que hacen aplicable una norma de permisión para excluir el quebrantamiento de la norma⁷².

⁶⁹ Funciona discursivamente como razón práctica para la omisión o ejecución de una acción.

⁷⁰ Lo planteado aquí referiría a un caso de error de tipo, pues la persona no se representa las propiedades fundantes de la acción que se convierte en motivo de evitar o impedir el resultado requerido por la norma. Kindhäuser indica que el objeto del reproche en la culpabilidad formal es el quebrantamiento de una norma penalmente sancionada, que no expresa por qué se pune la ausencia del motivo de su seguimiento y por qué la persona debió haberse formado este, que es una cuestión de culpabilidad material para legitimar el reproche. El Derecho exige conformidad externa con las leyes, no motivación moral ni racional. Existe un mandato de neutralidad frente a los motivos para su seguimiento (Kant). La ley debe merecer obediencia y ofrecer la posibilidad de ser obedecida. Las razones de su seguimiento quedan en el arbitrio de cada cual, sin confundir esto con los «motivos» que pueda contener un tipo delictivo de lesión o de puesta en peligro. Kindhäuser destaca que el carácter socialmente mediado en la génesis de la norma (vía justificación de filosofía discursiva), en un Estado democrático de Derecho, comprende la libertad comunicativa de acción que exige una racionalidad subjetiva e intersubjetiva para legitimar el reproche de culpabilidad, excediendo el sentido liberal racional individual. Este tipo de libertad funge en la acción orientada al entendimiento a modo de coordinación de intereses por el entendimiento comunicativo de participantes libres e iguales, que se atribuyen recíprocamente capacidad de imputación y de autonomía individual e intercambian perspectivas en un proceso discursivo de entendimiento (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 78-79, 84-85 y 90 y ss., y notas 1, 2, 22 y 23 respectivamente al pie de pp. 78 y 84-85).

⁷¹ Un delito consumado en la terminología de Mañalich.

⁷² Conf. Mañalich, *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 464 y ss.

La tesis de Mañalich es que el delito realiza un comportamiento que exhibe las propiedades respectivamente fundantes de antinormatividad del tipo correspondiente. En su planteo, las normas de prohibición o de requerimiento cuyo quebrantamiento resulta potencialmente delictivo, siguiendo a Binding, deben ser *reconstruidas* a través de su inferencia pragmática por medio del conjunto de normas de sanción. En este punto, todo comportamiento que no exhiba esas propiedades se imputa como instancia de quebrantamiento imperfecto de la norma respectiva, como tentativa de delito. En efecto, el *déficit de antinormatividad* del comportamiento imputable como tentativa resulta de la aplicabilidad preferente de una norma de permisión o de liberación que funge como una causa de justificación que no compromete la tipicidad del comportamiento, a menos que se adhiera a la teoría de los elementos negativos del tipo⁷³.

Siguiendo a Kindhäuser, Mañalich argumenta su tesis mediante el *modelo del silogismo práctico* de Von Wright (1963). En este modelo la norma constituye una razón para la omisión o ejecución de una acción de cierta clase. La norma provee la premisa mayor de una inferencia práctica, cuya conclusión debe corresponderse con la acción requerida que, a su vez, ejemplifica un tipo de acción determinado. Con esto esquematiza la estructura del concreto deber de abstención o actuación a partir de una *norma abstracta* que funge como premisa mayor⁷⁴. Ejemplificando: A y B se encuentran junto a la orilla de un río de aguas profundas; B no sabe nadar. La premisa mayor sería *prohibido matar a otro*. La premisa menor sería que empujar a B al río (acción) condicionará, *ceteris paribus*, su muerte por inmersión. La conclusión es A debe abstenerse de empujar a B al río⁷⁵. El modelo de Von Wright se caracteriza por la «necesidad práctica subjetiva» que la persona, destinataria de la norma, adopte desde su perspectiva una determinada actitud crítico-práctica en cuanto pauta de comportamiento vinculante. Esto actúa como patrón de inferencia para la construcción de la conclusión. Dicho de otro modo, la norma en cuanto *razón externa* solo exhibirá necesidad práctica subjetiva en

⁷³ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 467-469. Beling en *Die Lehre vom Tatbestand* (1930) advirtió la necesidad de modificar la definición de crimen, del adjetivo «adecuado al tipo» a su caracterización como «comportamiento referido al tipo», sin autonomía conceptual frente a la consumación -el tipo-, identificando la tentativa con inicio de ejecución. En referencia a la realización del tipo, entre las formas de aparición del hecho punible, para Beling, había una dependiente y otra *derivativa* (esta última la tentativa). En 1906 había postulado que lo adecuado-al-tipo significaba la objetiva realización de este, que en la tentativa no se alcanzaba. La definición de tentativa como «comportamiento referido al tipo» de Beling intentó redefinir la relación entre tentativa y falta de tipo, permitiendo sostener que la tentativa es punible a pesar de la no realización del tipo (ídem, pp. 468-469).

⁷⁴ La interpretación intencional de una conducta como acción puede ser entendida como el resultado de una deliberación cuya exposición formal puede proyectarse en el esquema del silogismo práctico. En efecto, la conducta concreta interpretada como acción básica es el medio para un fin cuyo punto final es una deducción (conclusión) derivada de la premisa mayor que nombra el suceso intencional. La premisa mayor y la conclusión están unidas por la información acerca de la actitud epistémica y cognitiva de la persona y la apreciación de las condiciones causales con las que la intención puede realizarse. La conclusión a partir de las premisas, previas a la ejecución de la acción, en un silogismo práctico no es lógicamente necesaria como en un razonamiento deductivo (conf. Kindhäuser, U., *Acción y norma en el Derecho penal* (2011), pp. 78-79).

⁷⁵ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 469-470. La premisa mayor puede ser interpretada como la formulación de la norma o un enunciado normativo de esta (ver nota 39 al pie).

la medida que sea reconocida por su destinatario como razón para ejecutar u omitir la acción. Su fuerza motivacional no se encuentra *per se* asegurada, porque la norma exhiba el estatus de razón objetivamente existente, sino que depende que sea subjetivamente reconocida⁷⁶.

Si la acción en una situación en la cual una norma fundamentaba el deber no ha sido ejecutada u omitida, un silogismo en *modus tollendo tollens* concluye que la norma no llegó a ser subjetivamente reconocida como premisa para la acción. La respectiva inferencia práctica no tuvo lugar en la persona destinataria. Siguiendo el ejemplo, A empujó a B al río en circunstancias que la acción habría de producir la muerte de B; A no reconoció la prohibición de matar a otro como premisa para la omisión intencional de la acción (inferencia práctica). Mañalich construye la imputación del quebrantamiento de la norma mediante la constatación de un déficit de razonamiento práctico⁷⁷. Sin embargo, para imputar este quebrantamiento como infracción de deber, apela a un presupuesto implícito que radica en que la persona destinataria de la norma debe haber estado situacionalmente capacitado para cumplir con el comportamiento debido⁷⁸. El concepto de *intención* cumple una función de referencia en el razonamiento que, vía filosofía de la acción, explica el concepto de «intención en la acción»⁷⁹.

El concepto de intención -señala Mañalich- no desempeña ninguna función en el lenguaje de la imputación penal. Esta última corresponde a la razón por la cual el o la agente capaz falló en el reconocimiento de la norma que contrafácticamente se esperaba de el o ella, en una instancia de comportamiento intencionalmente dirigido (*principio de contrafactividad de la imputación*)⁸⁰. La capacidad de la persona de advertir el conjunto de propiedades constitutivas del deber se da *solo sí* predictivamente cree (capacidad de previsión) que habrá de exhibirlas la acción. La generalidad de los sistemas jurídicos europeos continentales exige menos para cualificar la creencia potencial que hubiese debido tener la persona sobre su comportamiento. Por ejemplo, cierto grado de probabilidad es suficiente para dolo eventual. Siguiendo a Kindhäuser, Mañalich postula que ese grado de probabilidad relevante tiene que ser determinado a través del estándar (contra-fáctico) de una persona racional y razonable que practica la fidelidad al Derecho⁸¹. Desde el punto de vista de la persona que practica la fidelidad

⁷⁶ Conf. Mañalich, *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 470-471.

⁷⁷ Ídem, pp. 470-471.

⁷⁸ Su análisis se suele realizar en el ámbito de la culpabilidad.

⁷⁹ La acción jurídico-penalmente relevante es una acción intencional, un constructo interpretativo dependiente de una descripción situada en los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La conducta antes de la tipicidad solo puede existir como *factum brutum*, sólo se interpreta como un hecho punible mediante los predicados del delito respectivo (conf. Kindhäuser, *Acción y norma en el Derecho penal* (2011), p. 89).

⁸⁰ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), p. 472.

⁸¹ Ídem, p. 473. Precisa este estándar desde un «enfoque disposicional», en el cual la praxis de la adscripción de la creencia de la existencia del riesgo debe ser sobre el punto de vista de personas comunes, sobre un conjunto de disposiciones de las cuales se esperaría que conformen la creencia particular, que una persona pueda ser inteligiblemente explicada en términos de «coherencia de las disposiciones con un estereotipo disposicional» (ídem, ver nota 56 al pie de pág. 473). Kindhäuser apela al «modelo de entendimiento cooperativo con base en la autonomía comunicativa», en el que la acción orientada al entendimiento

al Derecho, la predicción que el comportamiento exhibirá las propiedades fundantes de antinormatividad es decisiva para la evitación de la instancia de comportamiento. En este punto, la imputación subjetiva descansa en «indicadores de dolo» que se transforman en descriptores de *síndromes de riesgo* (posibilidad relevante que la específica forma de comportamiento antinormativo se vea realizada por el comportamiento). Así pues, el dolo eventual es la forma básica -según Mañalich- en cuanto conciencia de la adopción del riesgo⁸².

En efecto, la atribución subjetiva de la infracción de la norma depende del «*aspecto situacional*» de haber una ocasión para que la creencia predictiva provea la correspondiente oportunidad para la acción. De este modo, la creencia que se dan las circunstancias que proveen dicha oportunidad del correspondiente tipo condiciona lógicamente la creencia predictiva fundante del dolo⁸³.

Recapitulando, la concepción de Mañalich sobre la norma penal es la conformación de una norma primaria objetiva sobre las condiciones de antinormatividad como razón externa que *ex ante* determina la oportunidad para la acción, al estilo de la norma de valoración de Mezger. El deber personal infringido se determina *ex post* mediante la atribución subjetiva derivada de un silogismo práctico, cuya inferencia precede a una necesidad práctica subjetiva de evitación del resultado (de motivación para el seguimiento de la norma)⁸⁴, condicionada por el aspecto

requiere lealtad (corresponsabilidad solidaria), alejando la libertad (derechos subjetivos) de deberes de virtud patriótica. Reconoce en el y la participante un doble papel: un ámbito de *autonomía pública* para la producción de las normas y otro de *autonomía privada* en el cual la destinataria detenta espacios de libertad para aprovechar. La lealtad comunicativa representa un mínimo de solidaridad, como disposición de reconocer una posibilidad de toma de posición a cada potencialmente afectado/a por el sostenimiento de una determinada pretensión de validez. La participación en el autogobierno exige fidelidad y cuidado de la libertad y la dignidad (instituciones), por un lado, y la juridización de la autonomía privada por reconocimiento de derechos subjetivos, por otro lado, lo cual implica un derecho de rechazar y de distanciarse de la participación y racionalidad intersubjetiva (libertad negativa o derecho a la irracionalidad). El derecho subjetivo es un consenso previo (acuerdo normativo con los demás) de ejercicio de la libertad instrumental. Dentro de la autonomía privada existe un espacio de libre comunicación que exime al participante de lealtad comunicativa. Solo se limita el ejercicio del derecho subjetivo a respetar el consenso, a no lesionar la autonomía comunicativa de otros/as. El quebrantamiento de la norma es conceptualmente abandono del espacio de libre de comunicación, que lesiona la autonomía comunicativa de los y las demás, quienes no puedan tomar posición acerca del comportamiento en cuestión porque los y las instrumentaliza por la ruptura y rechazo de la comunicación para lograr la integración social a través del entendimiento leal (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 98 y ss.).

⁸² Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 473-474. Enfatiza que la racionalidad de su aplicación depende de la definición -normativa- del concepto de dolo eventual, de aquello de lo cual han de ser indicativos. Las circunstancias constitutivas del síndrome de riesgo no necesitan ser efectivas para que la representación fundamente una imputación dolosa. El carácter referencial se corresponde con la «*intencionalidad*» de estados mentales. El dolo como concepto referencial de la imputación se construye sobre criterios que, en parte, conciernen a la adscripción de actitudes proposicionales con contenido representacional que exhiben la referencia de todo estado intencional (ver notas 60 y 61 al pie p. 474). Por su parte, Kindhäuser, señala que el elemento esencial de la descripción de una acción es la intencionalidad. La conducta obtiene su sentido como acción por la unión con un objetivo perseguido por la persona. Esto permite que ella misma interprete su conducta de forma intencional (consciente), pero sí lo hace un tercero necesariamente debe ser hipotética. En cualquier caso, las acciones como interpretaciones de conductas son dependientes del lenguaje porque están idiomáticamente constituidas de forma irreducible, son constructos interpretativos. La interpretación de una conducta como acción se caracteriza por una relación hipotética de dos procesos: la *oportunidad* de acción (descripción de la conducta) y la *descripción* de una acción que por hipótesis no habría tenido lugar si lo hecho hubiera sido omitido o si lo omitido hubiera sido ejecutado. Por ejemplo, si la directriz es la luz del cuarto debe estar apagada, A tiene la oportunidad de oprimir el interruptor y transformar prender la luz u omitir causar esa transformación (conf. *Acción y norma en el Derecho penal* (2011), pp. 73-74).

⁸³ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), p. 474.

⁸⁴ Kindhäuser indica que el Derecho legitimado democráticamente debe ser neutral y renunciar a normar los motivos para el seguimiento de sus normas por falta de coercibilidad empírica y de fuerza racionalmente vinculante de convicción en la argumentación a consecuencia de la falibilidad de la norma. Sólo basta que los intervinientes alcancen un *consenso de resultado*

situacional de haber tenido una ocasión para la creencia predictiva que el riesgo relevante de la específica forma de comportamiento antinormativo se vea realizada, jugando los indicadores de dolo (síndromes de riesgo) que proveen la correspondiente oportunidad para la acción.

Ahora bien, la estructura conceptual de la norma penal que ofrece Mañalich puede reconducirse al planteamiento de Kindhäuser, quien construye la norma de conducta separada de las reglas de imputación del hecho punible. Este postula dos sistemas de reglas diferenciados. Los tipos delictivos contienen, por un lado, las reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales el comportamiento es contrario a Derecho (norma de conducta) y, por otro lado, las reglas para atribuir responsabilidad por el comportamiento (imputación). La norma de comportamiento solo describe un hecho, un estado de cosas prohibido (prohibido matar), que no integra el contenido de deber, ni la dimensión directiva, por la prohibición de autorreferencialidad. El deber concreto surge aplicando las reglas de imputación, que hipotéticamente sería “no debes matar poniendo veneno en el café”. La distinción entre las normas de comportamiento (protección de bienes jurídicos) y las reglas de imputación (donde se ubicaría el fin de la pena), según Robles Planas, es cualitativa⁸⁵.

En efecto, las reglas de imputación se aplicarían en dos niveles de antinormatividad como infracción de deber. Primero, la capacidad de acción para evitar intencionalmente la conducta como infracción de deber. Segundo, la capacidad de motivación como imputación de culpabilidad⁸⁶.

La imputación de responsabilidad es contrafáctica. El hecho punible reprocha que la persona no evitó lo causado por su conducta mediante una acción conforme a la norma. El reproche jurídico penal presupone la capacidad de realizar la intención conforme a la norma mediante la acción. Por ejemplo, el homicidio estatuye la prohibición de matar y exige el deber de omitir intencionalmente la muerte de otro ser humano a la persona que se considera suficientemente capaz de omitir intencionalmente esa conducta, no importa de qué manera. Sólo puede reprocharse realizar una determinada acción si el injusto específico del delito exige tal intención. Por ejemplo, en el robo es elemento típico el ejercicio de violencia en las personas

(un compromiso) para la acción de entendimiento. El quebrantamiento de la norma niega el entendimiento sobre el cual descansa la lealtad comunicativa y la autonomía de los y las demás, que se expresa en una «falta de fidelidad al Derecho», pero no la racionalidad que vincula a la persona con la norma. A su vez, la norma del Derecho -falible- es la prohibición del desprecio desleal de la autonomía comunicativa de los y las demás, que no es demostrable mediante una inferencia racional subjetiva. Sólo se justifica jurídicamente a sí misma como parte de nuestra forma de vida (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 106-107 y 109).

⁸⁵ Conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), pp. 3-4.

⁸⁶ Conf. Kindhäuser, *Acción y norma en el Derecho penal* (2011), pp. 71 y ss. El objeto del reproche es no haber evitado o impedido intencionalmente el resultado. La conducta esperada es una acción intencional de encausar el comportamiento para que el bien no sea lesionado (ídem, p. 91).

o fuerza en las cosas (artículo 164 del Código Penal)⁸⁷. El reconocimiento de normas jurídico-penales como razones para la acción presupone de la persona destinataria la capacidad física e intelectual de llevar a cabo lo debido como querido para evitar la realización del tipo. Si no es capaz de ejecutar la acción mandada al momento del hecho, habrá de determinarse si tenía la obligación de procurarse dicha capacidad. Por tanto, para un concepto de acción intencional solo puede reprocharse con pena a alguien la realización intencional de un injusto típico que le fuera evitable. La culpabilidad como hecho que expresa un déficit de fidelidad al Derecho, de poder convertir lo debido en motivo dominante de la acción, fundamenta el reproche en la verificación de la hipótesis que la persona podía y debía evitar la realización del correspondiente injusto típico que se esperaba de ella. Sin capacidad de evitación intencional no puede haber reproche seguido con pena⁸⁸.

Entonces, el modelo de Kindhäuser establece en el primer nivel de imputación que la persona era intelectual y físicamente capaz en suficiente medida de formarse y realizar la intención de evitar la realización del tipo. Por ejemplo, si un padre se quita los lentes en la playa no logrará advertir el peligro de muerte de su hijo al ingresar al mar, faltaría un presupuesto cognitivo para la formación de la intención de cumplir el deber, pero ese déficit se le debe imputar como acción para evitar la realización del tipo (muerte del hijo por inmersión en el mar) y la muerte como lesión de deber. Es que según una valoración jurídico-penal racional no debería haber existido en esta persona motivos relevantes para la ignorancia inevitable de la norma. La incapacidad no descarga si pudiendo prever la realización evitable del tipo, la persona no se procuró la capacidad de acción necesaria. Siguiendo el ejemplo, el padre debía tener los lentes puestos mientras su hijo jugaba en la playa. La defectuosa formación de un motivo de evitación exigido por la norma como razón para la acción, a quien se adscribe suficiente capacidad, constituye el contenido del déficit de fidelidad al Derecho que fundamenta el reproche de culpabilidad, a excepción de que lo exigido esté por encima de las capacidades concretas, por ejemplo, no saber nadar⁸⁹.

Enfatiza Robles Planas que el inconveniente de este modelo de imputación es que no hay antinormatividad antes de un resultado. La infracción del deber es afirmada *ex post*, si el sujeto

⁸⁷ La persona se mueve de forma determinada bajo específicas condiciones marco externas, aunque tenga representaciones y persiga motivos concretos.

⁸⁸ Conf. Kindhäuser, *Acción y norma en el Derecho penal* (2011), pp. 92-94. Este concepto de culpabilidad, de alcance normativo, no exige una prueba empírica de capacidad individual real. Al contrario, presume la capacidad de motivación fiel al Derecho, siempre y cuando no existan déficits concretos (minoridad, incapacidades físicas fundadas biológicamente) o situaciones de peligro físico (estado de necesidad) que la impidan como razones justificantes o exculpantes. En estos supuestos de indulgencia tiene que existir la posibilidad de un procesamiento distinto de la lesión antijurídica efectivamente producida que, de acuerdo con finalidades de prevención general, no signifiquen la vulneración de la garantía de expectativas cuya firmeza frente a la defraudación necesita de la pena para su mantenimiento (conf. Jakobs, *Culpabilidad y prevención* (2006), pp. 125 y ss.).

⁸⁹ Conf. Kindhäuser, *Acción y norma en el Derecho penal* (2011), pp. 94-96.

poseía capacidades físicas e intelectuales relevantes *ex ante* para evitar su producción, que también se exigen *ex post*. El problema, señala, es prohibir *ex post* la realización de algo y, a la vez, ordenar *ex ante* que se evite. Se pregunta retóricamente: ¿por qué razón debería activar sus capacidades de evitación? La respuesta lógica sería por el deber de evitar una conducta antinormativa futura, no actual⁹⁰, a costa de cercenar espacios de libertad asociados a la imputación del comportamiento. Robles Planas repara que la construcción de la infracción del deber sin antinormatividad es un salto lógico injustificado, una imputación sin objeto. Nuevamente se interroga, sin solución, cómo puede nacer un deber de evitar un comportamiento antinormativo si al momento de actuar no había deber, si solo tiene lugar una vez que ha actuado la persona y se ha producido el injusto del resultado. Si nace *ex post*, la persona ignora la norma de conducta *ex ante*, se le niegan espacios de libertad y la responsabilidad personal queda sin objeto por la indeterminación del contenido de la norma por falta de criterios de calificación de los comportamientos desaprobados por esta. Agrega a esto que la tradicional teoría de las normas siempre ha operado cuando la persona es capaz de influir en su comportamiento, en el momento decisivo de la evitación de la lesión típica⁹¹.

Ahora bien, el planteamiento de Kindhäuser caracteriza el castigo de la tentativa como anomalía (mismo sendero que sigue Mañalich). Esta no supone antinormatividad, pues no se ha menoscabado el bien jurídico, pero sí contrariedad con la norma que no es reconocida como razón vinculante para la acción. Nuevamente Robles Planas se pregunta cómo puede ser contrario a deber algo que no es objetivamente debido por falta de antinormatividad. El problema está en la definición de la norma en su juridicidad. El legislador usa expresiones resultativas en los enunciados legales por economía del lenguaje. La norma no se identifica con el texto legal, que a juicio de Robles Planas lo pretende erróneamente Kindhäuser (crítica extensiva para Mañalich). La norma en su juridicidad prohíbe lo que aún es evitable, que no ha sucedido. Coloquialmente, la norma no prohíbe matar, sino intentar matar⁹². Por esto, observa

⁹⁰ Robles Planas parece tener razón. Para Kindhäuser la tarea del Derecho penal es proteger las condiciones elementales de integración social orientada al entendimiento, posicionando el injusto jurídico-penal como menoscabo de estas en función de la conexión entre el fin de protección de la norma quebrantada y el reproche de culpabilidad. La norma fundante es la prohibición del desprecio desleal de la autonomía comunicativa de los y las demás (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), p. 109). Al hilo de la observación, en este planteamiento la dimensión de deber se encuentra en la prohibición de lesionar a los demás, como formulación abstracta de una norma negativa de no dañar. No explica otra dimensión de lesión vinculada a deberes positivos o de solidaridad que mejoran las condiciones de entendimiento en la sociedad.

⁹¹ Conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), p. 5. Pawlik analiza el concepto de injusto de Kindhäuser de infracción del deber típico mediante una acción intencional, criticando que no va más allá de la distinción entre un poder independiente del deber ser y un poder dependiente de este, sin justificar la diferenciación injusto/culpabilidad, a pesar de normativizar la culpabilidad y el concepto personal de injusto. Esto es, que el juicio de injusto fija la dimensión de la valoración del reproche del hecho enjuiciado para el examen de los requisitos materiales de la culpabilidad. Pawlik indica que estos planteamientos no logran dividir el análisis único de la infracción penal en dos niveles de examen (conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 114-115 y nota 19 al pie).

⁹² El contenido *semántico* (locucionario) del acto de habla del legislador se agota en su literalidad. *Prohibido matar* sería una *derivación pragmática* (ilocucionaria) de *será castigado el que mate a otro*. De esta forma, la norma de conducta de Kindhäuser

que es disfuncional operar un sistema con dos reglas distintas. Por un lado, las *normas de conducta* como meras descripciones de estados de cosas a constatar *ex post*. Por otro lado, los *deberes e imperativos* que se derivan de las reglas de imputación, no de las normas de conducta⁹³.

Siguiendo las observaciones efectuadas por Robles Planas se puede resaltar, en primer lugar, que toda norma penal contiene una dimensión de deber irrenunciable. En segundo lugar, dentro de la dimensión de deber, los espacios de riesgo permitido se determinan *ex ante*, pues sí la norma fuera prohibición de causación a constatar *ex post* ahogaría los espacios de libertad. En tercer lugar, el legislador como contenido de la norma prohíbe *ex ante* conductas que superando el riesgo permitido puedan ocasionar un resultado, aunque en el texto legal parece prohibir resultados, lo que responde a razones de economía del lenguaje⁹⁴. Estos tres argumentos se erigen en buenas razones para sostener que la infracción de la norma de conducta se imputa a quien dentro de su espacio de libertad no sigue el comportamiento debido en la interrelación subjetiva con otras personas. No es contenido de la norma de conducta un deber de mantener algo como está para evitar un resultado disvalioso, pues con esto desconoceríamos la dimensión de la norma penal en su juridicidad, algo que específicamente veremos a continuación.

III.5.c. La norma penal y su infracción desde la dimensión de la autonomía.

El catedrático español Robles Planas destaca la teoría de las normas de Binding como la mejor herramienta teórica para cuestiones materiales y sistemáticas del concepto de delito. En su perspectiva la problemática debe abordarse externamente entre libertad y protección⁹⁵. En efecto, para justificar un concepto material de delito, Robles Planas rescata la tesis de Binding sobre la independencia conceptual entre norma y ley penal. La ley penal tiene una función de *ultima ratio* en doble sentido: a) sólo reacciona frente a un injusto en sí, b) que encuadre los

como reconstrucción pragmática (ilocucionaria) debería rezar *prohibido no imponer pena al que matare a otro*, cuyo contenido no se reduce a prohibir estados de cosas (conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), nota 42 al pie p. 8).

⁹³ Robles Planas disiente con la separación entre normas y reglas de imputación, exclamando que la tradicional escuela analítica presupone un concepto de norma insostenible. Por ejemplo, Kindhäuser concibe a las normas como prohibiciones de causación objetiva, derivando de las reglas de imputación cuándo estamos ante una lesión de la norma. Pawlik repara que el problema es metodológico porque la forma de proceder analítica es por suma o acumulación, debiendo diferenciar necesariamente los componentes del conjunto (conf. Pawlik, M., *Ciudadanía y Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 160).

⁹⁴ Conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), pp. 6-7.

⁹⁵ La medida de la adopción de normas primarias en sentido material proporciona una imagen del grado de protección de los bienes jurídicos-penales en un determinado ordenamiento y el grado de intervención en la esfera individual (conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 324).

criterios de selección del castigo penal⁹⁶. Ante esto, se plantea: ¿frente a qué hay que reaccionar penalmente? ¿Cuáles serían las conductas antinormativas? ¿Cuándo hay que reaccionar penalmente y cuál debería ser el sentido de esta?⁹⁷.

La distinción ya referida entre normas de conducta y normas de sanción implica que las primeras limitan la libertad de los/as ciudadanos/as, quienes deben comportarse de determinada manera en una situación concreta. Las normas de sanción, en cambio, ordenan al juez que declare la culpabilidad sí, en un caso concreto, una persona infringió las primeras. Consecuentemente dirigen la actividad del juez que debe imponer una sanción penal por el hecho. Las normas son objeto de referencia -presupuesto- del Derecho penal. Específicamente, las normas jurídico-penales son normas de conducta reforzadas con pena, a las que el Derecho penal positivo acude por su existencia jurídica racional⁹⁸.

La norma de conducta es una prescripción jurídica para conductas futuras dirigida a personas capaces de determinar su voluntad. Su reconstrucción implica partir del juicio valorativo inicial de la ley penal como referencia a un programa abstracto, para determinar el contenido de la norma constitutiva de la juridicidad de la conducta por medio de consideraciones axiológico-normativas sobre la restricción de la libertad y la responsabilidad. Según Robles Planas, existirían «tres subniveles de concreción»: el *riesgo permitido* (influido por factores sociales generales), la *responsabilidad preferente del o de la afectado/a* (donde incidirían factores intersubjetivos, axiológicamente ponderados de la conducta justificada) y la *inexigibilidad objetiva* (factores situacionales-personales sobre el alcance de la inexigibilidad objetiva). Tras estos surgiría la norma de conducta con contenido personal, el concreto deber. El proceso se agotaría en la comprobación del comportamiento final contrario a la norma. En efecto, la conducta justificada es antinormativa, no contraria a deber, como exponía Kaufmann. La antijuridicidad y la antinormatividad son lo mismo en cuanto infracción de la norma de conducta, que presupone libertad y, a la vez, un mínimo de culpabilidad, coincidiendo el objeto de la norma con la valoración de la conducta en su desaprobación jurídica. Robles Planas propone resignificar el principio de culpabilidad en los enunciados legales como límite para el

⁹⁶ Conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), p. 9. El avance científico de Binding fue distinguir que la *norma penal* instauro un derecho a la obediencia orientado a la prevención y la *ley penal* un derecho a la pena cuyo presupuesto es la lesión de la norma, generando que esta prohíbe más de lo que la ley penal castiga (*ídem*).

⁹⁷ Conf. Robles Planas, R., *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, en Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico, Buenos Aires, BdeF, 2015, pp. 29-31. Para Pawlik las infracciones del deber de cooperación que caen bajo un tipo del Código penal merecen pena, no en el sentido de deber, sino en la posibilidad de imponer. Aspira a alejarse de la principal crítica a la teoría de la retribución de Kant de la pena como mandato de justicia que carece de sentido y sólo se convierte en venganza. Argumenta que la pena como medida coactiva estatal se justifica por las prestaciones que el Estado realiza a sus ciudadanos/as dentro de una infraestructura en que cada cual pueda disfrutar de sus derechos. La pena retributiva justifica la prestación del restablecimiento al estado existente de libertades infringido a costa del autor o de la autora, quien continúa siendo reconocido/a como ciudadano/a (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 51-55).

⁹⁸ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 29 y ss.; *Normas de conducta* (2019), pp. 7 y 9.

legislador y de legitimación material para las decisiones del juez. No existe un injusto penal no culpable, ya que sólo las conductas culpables ingresan al ámbito del Derecho penal. De esta forma, desarrolla dos requisitos materiales para que una conducta sea delito. En primer lugar, que sea contraria al orden de derechos y libertades establecidas; en segundo lugar, que satisfaga criterios de relevancia y justificación del recurso a la pena. La conducta antinormativa implica una infracción penal, que previamente era jurídicamente relevante, que -además- debe exhibir en la decisión las propiedades del castigo como delito bajo pena⁹⁹.

La infracción de la norma de conducta significa un daño que justifica la sanción penal para compensarlo. La lesividad en sentido puramente fáctico fue el anclaje de la tradicional teoría del bien jurídico: castigar conductas que efectivamente producen un daño o tiendan a esto como lesión o peligro para el bien jurídico que la norma trata de evitar. En cambio, el daño en *sentido ideal* puede ser psicológico-social y colectivo por el efecto de inseguridad que provoca la comisión de un delito, o en *sentido normativo/simbólico* refiere a la autocontradicción normativa que el delito supone para quien lo comete. Para Robles Planas, ambas dimensiones deben tenerse en cuenta en la pena: lo comunicativo o simbólico (dimensión normativa), además del sufrimiento (componente fáctico). La pena es constitutiva de dolor penal por el mal que sufre sobre quien recae, que en su dimensión normativa implica el fracaso de la norma de conducta¹⁰⁰.

No obstante, Robles Planas intenta fundamentar en tres planos la infracción de la norma de conducta desde su dimensión comunicativa, en el sentido simbólico de la prohibición y la amenaza de sanción penal. Aquellos planos se vinculan a las dimensiones de la autonomía individual como garantía de exclusión, como utilidad y como institución. Cada una recepta los principios de las causas de justificación (responsabilidad y solidaridad) y de las situaciones de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo) como instrumentos estructurales y axiológicos que determinan el alcance de lo prohibido y sancionable con pena¹⁰¹.

En efecto, la *autonomía como garantía de exclusión* representaría los derechos de libertad en las esferas individuales jurídicamente reconocidas, cuya lesión se tutela por medio de normas de prohibición bajo el paradigma lesión/agresión, respondiendo la razón de la sanción a los principios de la legítima defensa. La *autonomía como utilidad* englobaría la libertad de utilizar

⁹⁹ Conf. Robles Planas, *Normas de conducta* (2019), pp. 9-10.

¹⁰⁰ La pena indicaría la reprobación del acto. Según Kant: *con la pena todo el mundo sabe el valor de sus actos* (conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), nota 41 al pie de p. 61).

¹⁰¹ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 37 y ss. La teoría de la justificación se construye sobre la aceptación racional por parte de toda persona de la autolimitación de su libertad como agente autónomo/a y responsable. Robles Planas recuerda que Pawlik afirma que el o la destinatario/a de la intervención ha infringido su deber de garantizar la seguridad de las otras personas en el seno de su ámbito de competencia (ídem, notas 26-27 al pie de pp. 43-44)

los derechos de libertad por sus titulares en ejercicio de su autonomía, que se protegería mediante normas de prohibición de no perjudicar las esferas de libertad de las demás personas bajo el paradigma de la inseguridad de bienes (peligro abstracto), sancionándose bajo los principios del estado de necesidad defensivo (responsabilidad por el ocasionamiento del peligro). Finalmente, la *dimensión institucional de la autonomía* se construye por el entramado de instituciones, que recurriendo a normas de mandato (colaboración, fomento o solidaridad), proporcionan a la autonomía individual el desarrollo y mantenimiento de las condiciones dentro de la comunidad estatal. La sanción penal de estas responde al paradigma del estado de necesidad agresivo.

Resalta Robles Planas que existen límites para el establecimiento de normas de conducta en el ámbito de la libertad como garantía de exclusión. El Estado puede prohibir conductas que afecten derechos jurídicamente garantizados o renunciar a su protección, quitando la garantía jurídica. Este último supuesto se ejemplifica con la legítima defensa. Aquí la persona afectada puede responder a la agresora que vulnera su deber negativo, minimizándose la importancia del bien atacado frente a la conducta de agresión actual hacia la afectada (paradigma de la lesión). En cambio, la reducción del ámbito de prohibición puede deberse a supuestos de insignificancia del bien, de ataques donde el afectado o la afectada no tenía expectativa de protección normativa, asumiendo este o esta las conductas lesivas o su protección; en ámbitos de adecuación social donde generalmente no suelen evitarse y los y las titulares del derecho no necesitan protección contra estas. En estos casos, de modo análogo a las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, infiere Robles Planas que los y las titulares del derecho atacado deben soportar el ataque por un mínimo irrenunciable de solidaridad¹⁰².

Algo similar ocurre en el ámbito de la autonomía como garantía de disponibilidad. Si el fin es evitar que de la esfera de organización de cada persona surjan peligros que conviertan en incierto el disfrute de los derechos y las libertades de las demás, Robles Planas recurre al principio de responsabilidad para legitimar la prohibición en supuestos de peligro abstracto que se relacionan, a su vez, con el derecho a la seguridad. Cada cual debe respetar un determinado estado de cosas ya existente, un deber negativo que prohíbe alterar determinadas condiciones que garantizan la realidad de los derechos y las libertades. Aquí la posibilidad del Estado de prohibir tiene límites estrictos, reduciéndose a las injerencias sobre ámbitos esenciales para las condiciones de uso del derecho de libertad. La conducta debe representar inseguridad para el

¹⁰² Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 45-46. La cuestión es si corresponde al Estado proteger a la víctima o ella misma debe autoprotegerse según sus posibilidades. Si la misión fundamental del Estado moderno es aliviar a la persona de la preocupación constante por sus bienes, se debe garantizar protección oportuna y ámbitos de disposición para sus bienes. Es decir, asegurar sus libertades.

ejercicio de tales derechos y la persona favorecida no tener deberes de solidaridad con la afectada. En términos de posibilidades de uso del derecho, la prohibición no será legítima si la libertad prohibida tiene mayor peso que la ganada. Por ejemplo, en las conductas de posesión de armas la tensión en términos de seguridad es superior a la libertad¹⁰³.

No ocurre lo mismo en el ámbito de las condiciones institucionales de la libertad. En este es difuso el criterio de legitimación de la norma. Estructuralmente son normas de mandato, son deberes positivos¹⁰⁴. La persona afectada es ajena a la situación de peligro, no creó el peligro hacia derechos de las demás. Sin embargo, se le exige una prestación positiva para la conservación de la libertad del o de la necesitado/a. ¿Qué clase de peligros pueden dar lugar a estos deberes de actuación? Robles Planas aporta un parámetro de valoración: aquellos que representen para el Estado modificar de modo relevante el funcionamiento de las condiciones institucionales existentes, emparentándolo con el estado de necesidad agresivo cuyo presupuesto es la solidaridad (tolerancia) que la norma exige al o a la afectado/a. Además, encuentra una posible analogía con la lógica de la acumulación, puesto que estas conductas de forma acumulada pueden representar un peligro para un bien colectivo (solidaridad por la importancia institucional). El punto es que la garantía institucional es preferente del Estado por su misión primaria de organizar procedimientos para evitar lesiones a las condiciones institucionales de la libertad y garantizar la autonomía individual, para la cual los y las ciudadanos/as cedieron libertad. En primer lugar, para los deberes de actuación de los y las funcionarios/as públicos/as se garantiza la efectividad de sus órdenes legítimas y, correlativamente, se impone un deber de obediencia a los y las ciudadanos/as. Ambas operan como cláusula de cierre del sistema de protección institucional de la libertad. Luego, se posiciona secundariamente la restricción de la libertad mediante normas que imponen deberes de actuar a los particulares, complementando al Estado en su rol. Repárese en la simetría entre deberes de actuar de funcionarios/as y deberes de obediencia de ciudadanos/as, que Robles Planas denomina *efecto oclusivo* de los procedimientos institucionalizados¹⁰⁵. Este no rige si tiene un coste inaceptable o es imposible (no existiese otra alternativa practicable) la articulación del procedimiento institucional, lo que permitiría obligar a los y las ciudadanos/as a participar en la producción de garantías, a ayudar al Estado, siempre que no afecte las

¹⁰³ Conf. Robles Planas, *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 46-47.

¹⁰⁴ La distinción entre mandatos y prohibiciones puede traducirse en deberes de actuar y de omitir. Silva Sánchez explica que las normas primarias de prohibición en sentido material pretenden impedir que los y las destinatarios/as se inmiscuyan de forma especialmente grave -lesiva- en la esfera ajena de bienes jurídicos penalmente protegidos. Las normas primarias de mandato en sentido material buscan prestaciones positivas de salvaguarda de la esfera de bienes jurídicos ajenos penalmente protegidos. Lingüísticamente unas y otras pueden adoptar una forma materialmente prohibitiva con un mandato de conducta alternativa o un mandato de prohibición de las conductas alternativas (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 323-324).

¹⁰⁵ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 48-49.

competencias originales, y la injerencia no signifique más que una pequeña interferencia en el desenvolvimiento para aquellos/as. De lo contrario, generaría una situación de necesidad que llevaría a su infracción justificada. Según Robles Planas, estos límites deben valorarse con el baremo del estado de necesidad agresivo: la restricción a la libertad debe ser de escasa importancia frente a la elevada pérdida de garantía de la organización institucional¹⁰⁶.

Ahora bien, el deber de castigar encierra la necesidad de afirmar la autoridad de la norma infringida. El carácter fragmentario del Derecho penal determina en qué casos es necesario y legítimo sancionar con pena. Esta representa una restricción jurídica de derechos y un reproche ético-social. Ínsitamente es un mal fácticamente cualificado que afecta gravemente la autonomía individual, aunque desde el punto de vista normativo aparece como un bien por la exclusión de la perturbación normativa que supone el delito y la muestra de la validez del ordenamiento jurídico frente al peligro de consecuencias psico-sociales indeseables. No obstante, desde el punto de vista fáctico «el mal de la pena» no se circunscribe a la persona penada. También genera costes y esfuerzos institucionales en el Estado y la comunidad. Para la comunidad jurídica, la pena es un daño normativo: el reconocimiento de un fracaso, negando bienes y valores fundamentales de la comunidad con el sufrimiento de sus integrantes. Por este motivo, según Robles Planas, la infracción normativa a la que se responde con pena debe guardar una relación de *correspondencia aproximada*. En efecto, la infracción normativa debería contener, por un lado, una perturbación normativa que requiera expresamente ser contradicha y, por otro lado, que la aptitud de producir consecuencias psicosociales indeseables requiera razonabilidad en el mantenimiento de la norma como pauta de orientación social. Así pues, si el daño fáctico es práctica o directamente inexistente, por ejemplo, en la tentativa o los delitos de peligro, en los delitos imprudentes, reflexiona Robles Planas, la pena debe utilizarse con extrema contención, no como un medio más para garantizar la autoridad de las normas¹⁰⁷.

En efecto, a criterio de Robles Planas, la última posición de Jakobs explica mejor el *dolor penal*. Los y las ciudadanos/as deben poder confiar cognitivamente que la norma se cumplirá, siendo necesario conseguir temor en los y las potenciales delincuentes. Sin embargo, no se deben hacer concesiones a la prevención general negativa, pues las tendencias delictivas ajenas no pueden perjudicar al o a la autor/a¹⁰⁸. El dolor penal se explica en la ley: para el o la

¹⁰⁶ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 49-50.

¹⁰⁷ Ídem, pp. 56-59. Binding reconoció que la frontera entre delitos punibles e impunes es variable, un déficit sistemático de *infra-protección* por lo fragmentario del Derecho penal (ídem, notas 49-50 al pie de pp. 56-57).

¹⁰⁸ En todas las teorías de la pena el efecto intimidatorio es colateral, no la razón que legitima la pena. Si los fines de intimidación fueran la legitimidad del castigo debería sancionarse más severamente a quienes están bien socializados/as (modelo deliberativo de ciudadano de Günther), o a quienes por razones psíquicas -salvo enfermedad mental total- les resulta complejo mantenerse fieles al Derecho (esencia de la teoría de Feuerbach). Esto sería incompatible con la libertad (conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 70-71).

ciudadano/a se anuncia la pena a modo de responsabilidad, convirtiendo en previsible la reacción por el injusto culpable. Esta es un sufrimiento inherente al mal institucional de la pena. La intensidad del mal deberá ser suficiente para actuar como mecanismo de retribución del injusto culpable, expresando adecuadamente el desvalor del hecho. La *seguridad cognitiva* debe alcanzarse dentro de la retribución justa, sin responder a fines preventivos, dentro de la cual el sufrimiento sea en proporción al merecimiento del injusto, acompañado de la disminución cualificada del estatus jurídico del o la infractor/a. Este/a retribuyen con su dolor el daño causado a la vigencia del Derecho, asumiendo el deber de soportar los costes de su restablecimiento en tanto su hecho lo ha perturbado^{109 110}.

Ahora bien, las normas de conductas establecen deberes negativos y positivos. Ambos se relacionan con la idea de autonomía individual. La lesión o puesta en peligro de derechos de libertad como exclusión, aunque no estén tipificados, es materialmente delito si se dirige a bienes que otorgan a su titular un potencial de acción, ya que aniquilaría drásticamente el correspondiente derecho. Aquí las normas de conducta pueden ser afirmadas con la máxima autoridad del Derecho penal. En el ámbito de la libertad como utilidad, se lesiona el derecho por el quebrantamiento de un deber negativo que frustra el sentido de su detención individual. Por ejemplo, los tipos penales de coacciones, amenazas o engaño son formas penalmente prohibidas de atentar contra la autonomía ajena. Las leyes penales exigen uno de esos medios comisivos para otorgar relevancia penal a la infracción. Al respecto, Robles Planas rechaza la crítica de Binding sobre el carácter fragmentario de las leyes, porque el legislador penal opera sistemáticamente e identifica las propiedades del paradigma de legitimación reconocido en algunas conductas infractoras. Vinculado a esto, los casos de anticipación de la punibilidad son

¹⁰⁹ Conf. Robles Planas, *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 60-61 y nota 61 al pie. La pena restablece el Derecho porque responde al actuar de personas relacionales y tiene una dimensión comunicativa. Por esto, sin una dimensión fáctica no habría comunicación. Es necesario un «mínimo cognitivo» para comunicar la lesión fáctica de la libertad del autor o de la autora para restablecer el Derecho. La pena tiene consecuencias en la libertad real, cotidiana. El o la autor/a, de un deber primario de cooperación, son gravados con un deber secundario de tolerancia, de soportar dolor en sus bienes jurídicos, como la libertad, la propiedad, etc. La pena demuestra el precio del cumplimiento del deber de cooperación para poder disfrutar en lo futuro de libertad y seguridad existencial. La relación entre deber y libertad explica el dolor penal como acto de comunicación. Dentro de esta idea, Pawlik aboga por limitar la intensidad del castigo al mínimo indispensable. Esto depende de la sociedad concreta, pues lo simbólico se integra de valoraciones sociales variables. Por ejemplo, en algunas sociedades las penas deben ser vergonzantes, en otras respetando el honor la ejecución transcurre en un ámbito de privacidad de la persona (conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 61-64, 74 y 76-77).

¹¹⁰ Feijoo Sánchez expresa que la lesión fáctica o empírica del delito (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) no tiene arreglo, en cambio lo comunicativo o simbólico se mantiene en el tiempo y es imputable como hecho responsable. La protección de la juridicidad sobre la normatividad real exige estabilización de las normas infringidas. Por eso, la pena es socialmente necesaria porque su imposición al o la culpable repara el daño producido desde el punto de vista de la estabilización normativa. El o la autor/a tiene que soportar lo necesario (no más) para mantener una realidad social conforme a Derecho. La gravedad del castigo debe responder a la objetiva capacidad perturbadora del hecho delictivo, que requiere proporcionalidad entre este y la responsabilidad por el hecho. Cuanto más grave sea el hecho o más afecte a la convivencia, más debe pensarse y viceversa (conf. Feijoo Sánchez, B., *La pena como institución jurídica*, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 277, 279 y 290).

materialmente delito sí pueden reconducirse a la lógica de la amenaza. Por ejemplo, la idea de amenaza en los casos de tentativa idónea¹¹¹.

El ámbito de la infracción de deberes institucionales no sanciona toda clase de deslealtad para con el funcionamiento de las instituciones. Los correspondientes tipos delictivos castigan la infracción de deberes de solidaridad y de lealtad con el Estado. Estos deberes pueden ser valorados desde el punto de vista intersubjetivo y cuasi-institucional como deberes delegados del Estado hacia los y las ciudadanos/as para que actúen cuando la institución estatal no puede por razones fácticas. En este grupo se destacan los delitos de *acumulación* cuyo potencial lesivo son las conductas reiteradas en el tiempo de muchas personas, y los delitos de *desobediencia* que reprochan no colaborar con el Estado en la averiguación de situaciones antijurídicas o irregulares. Además, los delitos de funcionarios públicos sancionan penalmente infracciones a deberes relativos al ejercicio del cargo. Ahora bien, más allá de la estructura del deber institucional, su infracción se caracteriza particularmente por un desvalor singularizado: un abuso del derecho o de derechos especiales¹¹². Sobre este aspecto, en el delito de omisión de socorro quien infringe la norma está abusando del derecho de libertad inicialmente otorgado a condición de auxiliar si hay necesidad existencial (peligro para bienes de máxima importancia), sin riesgo propio o ajeno. Esta infracción se configura si el sacrificio exigido es pequeño y su ausencia pone en peligro bienes de máxima importancia, erosionando indirectamente la idea de autonomía individual. En cambio, los funcionarios desleales manifiestan un abuso de la competencia atribuida, lesionando a la propia institución u otros/as ciudadanos/as¹¹³.

Ahora bien, Robles Planas realza que la conciencia jurídica de los y las ciudadanos/as se conforma en el tiempo por la permanencia de normas cuya infracción culpable el Estado no permite que se produzca en ninguna circunstancia. No obstante, el Derecho penal se encuentra contenido en un núcleo reducido de normas de conducta. No a cualquier infracción normativa se le aplica pena, esto haría perder su sentido. Por eso se seleccionan normas de conducta cuya autoridad o intangibilidad es indispensable para mantener indemne a otras normas. Aquí la proximidad de este planteamiento con posiciones intermedias como la de Silva Sánchez, en cuanto a que el núcleo de máxima expresión del interés del Estado está en el cumplimiento de normas de conducta vinculadas núcleo de normas cuya lesión necesariamente debe ser desautorizada mediante pena privativa de la libertad (un tal Derecho penal de primera

¹¹¹ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 63 y ss.

¹¹² Ídem, pp. 66-67.

¹¹³ Ídem, pp. 66 y ss.

velocidad) y otro grupo contingente en que la autoridad de la norma penal infringida se reafirma por penas no privativas de la libertad, de menor intensidad¹¹⁴.

III.5.d. La visión integradora de la norma penal como imperativo de conducta y de motivación, de fines preventivos y de intervención mínima.

Jesús M. Silva Sánchez enmarca a las normas penales como un instrumento esencial que sirve al Derecho penal para el cumplimiento de fines preventivos y garantísticos que justifican su intervención (mínima) en la sociedad. La referencia a estos la efectúa desde una perspectiva teleológica-funcionalista de las categorías sistemáticas de la teoría del delito.

Al igual que Binding distingue entre normas primarias y secundarias. En efecto, las primeras, *qua* norma, expresan el objetivo de regulación del Derecho penal estableciendo directivas de conducta que pueden ser contrariadas por comportamientos en abstracto determinados como delictivos (penalmente antijurídicos). Las segundas tienen por presupuesto la producción del hecho delictivo. Silva Sánchez señala que la doctrina de la antijuridicidad penal está condicionada por la norma primaria y las demás categorías delictivas presididas por la misión de la norma secundaria. De esta manera postula a la norma penal como elemento de enlace entre la pena y el delito¹¹⁵.

La teoría de las normas como base de la construcción teleológica de la teoría del delito fue criticada por neokantianos porque vedaba las posibilidades de orientación del sistema. A criterio de Silva Sánchez, ello se debía a que la norma penal era contemplada desde una perspectiva puramente formal (clásica), de contenido indiferente y común para todo el ordenamiento jurídico, cuya infracción era el mero hecho de la desobediencia. Sin embargo, precisamente a través de las teorías de las normas, el catedrático español ensaya una fundamentación bipartita de la teoría del delito (antijuridicidad y culpabilidad) sobre una base teleológica, desde un punto de vista lógico-estructural. Particularmente, considera que la antijuridicidad y la culpabilidad son las categorías portadoras de los juicios de valor básicos

¹¹⁴ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 62-63. Silva Sánchez identifica un efecto dual sobre la incidencia de la motivación de la norma jurídica-penal: a corto plazo condiciona externamente la conducta, pero no penetra en la esfera valorativa. A largo plazo puede producir interiorización de los valores contenidos en ella, garantizando mayor seguridad como medio de control social. Sin embargo, para el Derecho penal legítimo la única motivación relevante es la conducta externa, no la conciencia de la persona (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 356-357). El núcleo de conductas que el Estado debe desautorizar necesariamente con pena, para Silva Sánchez, según el tratamiento dada en su obra *Malum Passionis* (2019), se ubica en la infracción a *obligaciones naturales* en contraste con las denominadas *adquiridas*, concluyendo en la necesidad de aplicar pena en las primeras, aun atenuada, en caso de personas socialmente marginadas.

¹¹⁵ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 373-374. Su punto de partida es el planteamiento de Mir Puig (su maestro) sobre la teoría de las normas mediando entre las funciones de la pena y la teoría del delito, que permite ubicar en la antijuridicidad la imputación del resultado del hecho desde una perspectiva *ex post* (ídem, p. 379, nota 296 al pie).

desde el punto de vista jurídico-penal, orientadas teleológicamente hacia el hecho. Por un lado, este se muestra contrario al ordenamiento jurídico-penal y, por otro, se atribuye individualmente a una persona concreta, como dos niveles valorativos materiales, fundamentales y elementales del hecho punible. Silva Sánchez no pretende acoger la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, aunque la bipartición del sistema surgió de partidarios de esa doctrina. Tampoco exige eliminar toda autonomía al significado de la tipicidad dentro del hecho prohibido en comparación al juicio de valor autónomo de la antijuridicidad y la culpabilidad. La tipicidad por sí misma no desencadena consecuencia jurídica alguna, reduciéndose a una dimensión pragmática con un significado -a su criterio- de subcategoría del sistema subordinado a la antijuridicidad y culpabilidad del hecho¹¹⁶.

Silva Sánchez entiende su concepción aproximada al planteamiento de Wolfgang Frisch, quien critica el sistema tripartito tradicional por las dificultades para la integración de contenidos político-criminales de las categorías y su relación con las decisiones político-criminales de *merecimiento* y *necesidad* de pena. Según Silva Sánchez, el delito ha de contener dos aspectos fundamentales: a) mostrarse como hecho infractor de la norma primaria penal; b) contener los presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal. Esto se traduce en la antijuridicidad y la sancionabilidad penal como dos categorías fundamentales del delito. Dentro de cada categoría es posible hacer una subdiferenciación. Un hecho infractor de normas primarias penales requiere una acción (comportamiento humano consciente y voluntario, descartando manifestaciones de la personalidad), que reúna los caracteres específicos de un injusto penalmente típico, esto es, que contenga un peligro penalmente relevante para un bien jurídico-penal y no esté amparado por causas que lo excluyan. Al respecto, inciden consideraciones de merecimiento y necesidad de pena sobre la conducta (prohibición en abstracto) y consideraciones de garantía individual en la decisión de política criminal de delinear la antijuridicidad penal¹¹⁷.

Para Silva Sánchez falta en el sistema tripartito la conformación del núcleo del delito en el comportamiento prohibido infractor de la norma de conducta, que queda difuminado en la relación intrasistemática clásica de tipicidad y antijuridicidad. Se achaca en exceso que contempla el hecho *ex post*, incluyendo al resultado en la tipicidad/antijuridicidad en lugar de ser un presupuesto de la sanción penal. Se critica por defecto que sólo comprende las condiciones causales del resultado sin otros elementos valorativos como emplea la teoría de la imputación objetiva. Para Frisch la alternativa es un sistema funcional de presupuestos de la

¹¹⁶ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 375-376.

¹¹⁷ Ídem, pp. 378-379. Es más amplia la limitación de la libertad de acción en el ámbito de la prohibición abstracta con amenaza que en lo efectivamente castigado (ídem, p. 383).

punibilidad con dos categorías de normas: de conducta y de sanción, cada una con distintos presupuestos. El punto de partida -a criterio de Silva Sánchez- es correcto, reparando que las decisiones político-criminales delimitan las funciones de las dos normas¹¹⁸.

En efecto, la primera decisión político-criminal establece y demarca los presupuestos de la prohibición en los «hechos penalmente antijurídicos» que se expresan en la norma primaria, con una selección de determinados bienes jurídicos merecedores de protección a través de la prohibición de algunas conductas bajo amenaza de pena, lo que limita correlativamente la libertad de actuación de las personas. La segunda decisión político-criminal configura los «hechos punibles» en los presupuestos de sanción contenidos en la norma secundaria, que establece los casos donde se reacciona con la imposición de pena. En esta sistemática, la norma primaria opera *ex ante* a la producción del hecho y la secundaria *ex post*. Afirma Silva Sánchez que así dadas estas dos normas funcionalizan las categorías del delito para que el Derecho penal cumpla su misión¹¹⁹. Al igual que el planteamiento de Mir Puig, entiende Silva Sánchez que el resultado no puede constituir por sí mismo objeto de la prohibición de una norma preventiva, tampoco integrar el contenido del hecho antijurídico. La evitación *ex ante* del resultado es el objetivo de la prohibición. Sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir su objeto, sobre ella debe considerarse lo prohibido y el injusto penal. El fundamento del injusto no es un acto interior de desobediencia al imperativo (al deber), sino una conducta que contenga un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídicos merecedores de protección penal, que por razones de proporcionalidad se verifica sólo en hechos que pongan en peligro intenso bienes especialmente importantes. En este sentido, Frisch señala que definir las normas de conducta a través de riesgos garantiza una protección más efectiva y proporciona más orientación sobre el contenido y límites de sus libertades para quien debe decidir sobre una acción. La función de motivación de las normas primarias penales requiere que la persona esté en condiciones de evitar conductas dolosas o imprudentes, no procesos fortuitos o inevitables que no se deben penar¹²⁰.

Ahora bien, Silva Sánchez señala tres cuestiones teleológicamente decisivas sobre la función del juicio de antijuridicidad penal como cualificación del injusto penal merecedor de pena (en abstracto) frente a las demás formas de conducta antijurídica. En primer lugar, quién

¹¹⁸ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 381 y ss.

¹¹⁹ Ídem, pp. 381 y ss. El juicio teleológico de antijuridicidad penal desde una perspectiva *ex ante* (al momento de comenzar a exteriorizarse la conducta), por un lado, no puede prescindir de la referencia a bienes jurídicos, pues la prohibición sin orientación a la lesión no implica un fin necesario de protección y, por otro lado, el mecanismo de protección penal es la motivación mediante directrices de conducta bajo amenaza de pena. La norma primaria contempla el hecho cuyo objeto es la conducta humana voluntaria (ídem, pp. 384-385).

¹²⁰ Ídem, pp. 386-387. En los hechos fortuitos es imposible el efecto de motivación, convirtiendo en innecesaria e ilegítima la prohibición penal (ídem, nota 330 al pie).

y cómo decide qué riesgos son relevantes en términos de probabilidad de lesión y susceptibles de ser prohibidos bajo pena por ausencia de tolerabilidad. Aduce que de la ley se extrae una referencia del bien jurídico y algunos medios de agresión, el resto es producto de una construcción teleológica de la doctrina y jurisprudencia. No obstante, advierte que equívocamente esos criterios se han formulado como criterios de imputación objetiva del resultado, que correspondería al ámbito político-criminal de la norma secundaria, cuando en verdad afectan a la conducta en sí y a los presupuestos de su prohibición, ámbito perteneciente político-criminalmente a la norma primaria¹²¹. En segundo lugar, quién ha de formular el juicio, sí un espectador objetivo situado *ex ante* con los conocimientos de una persona media o los que efectivamente tenía la persona. Con base a esto último, lo planificado determina el grado de conocimiento del significado del hecho y la peligrosidad externa de la conducta, construyendo una mirada objetiva-subjetiva del hecho. En tercer lugar, el juicio de relevancia penal del riesgo está condicionado por hechos objetivos y factores subjetivos. El dolo aparece en el injusto derivado de la naturaleza imperativa y la función de motivación de la norma primaria, que incide en la gravedad objetiva de la conducta hasta el punto de condicionar o excluir la relevancia penal por error. Con esta idea, por razones estructurales del mecanismo de intervención de la norma penal, sostiene Silva Sánchez que el resultado no pertenece al ámbito de la antijuridicidad penal, ya que materialmente nada añade, ni modifica la peligrosidad de la conducta. Es solo un factor dependiente del azar. No obstante, asigna importancia político-criminal como lesión del bien jurídico o realización del tipo legal *ex post*, condicionante de la aplicación de la norma secundaria. Vale decir, el resultado influye en las consideraciones de necesidad y medida de la pena. De manera que sitúa al resultado fuera del ámbito de lo prohibido, del injusto penal, pero como un elemento condicionante de la punibilidad en delitos de resultado, mera actividad, en la tentativa y la frustración¹²².

En efecto, Silva Sánchez distingue entre *tipo de injusto penal* y *tipo punible*. El primero es aquel que establece *ex ante* las condiciones de la norma primaria para catalogar una conducta como injusto merecedor de prohibición bajo amenaza de pena si no concurren elementos de exclusión¹²³. El segundo representa el injusto específico penalmente típico en el ámbito de la norma secundaria que *ex post* reúne los elementos para sancionar efectivamente con pena. A su criterio, la tipicidad puede permanecer como subnivel diferenciado dentro del juicio de

¹²¹ Por ejemplo, Frisch distingue entre la teoría del comportamiento típico y la teoría de la imputación objetiva.

¹²² Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 387 y ss. El planteo de Silva Sánchez parece emparentarse, en parte, a la premisa basal del planteamiento de Sancinetti siguiendo a Zielinski, pero termina por acercarse a las ideas de Kaufmann. Sobre el particular ver Capítulo III apartado 2 (pp. 19-22).

¹²³ El *injusto penal* identifica aquella decisión jurídico-penal y político-criminal primaria del Derecho penal que distingue lo penalmente relevante, que añadidas características antisociales o antijurídicas encuentra el *tipo punible* (conf. *Aproximación...*, (1992), pp. 394-395).

antijuridicidad, con efectos indirectos, pues el hecho típico incrementa el deber de cuidado de asegurarse acerca de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación (excluyentes del injusto) que, en comparación al error de tipo clásico, amplía el ámbito de error vencible (negligencia) sobre los presupuestos de las causas de justificación (mayor exigibilidad)¹²⁴.

Se relativiza el juicio de tipicidad, en primer lugar, porque la ponderación del hecho puede tener lugar en la tipicidad o en la antijuridicidad por el carácter frecuentemente aleatorio de una circunstancia como elemento del tipo (condiciona la relevancia penal del hecho) o excluyente del injusto penalmente relevante, lo cual dificulta la delimitación entre atipicidad y justificación. En segundo lugar, el modelo finalista mostraba ambivalencias, en tanto lo atípico era irrelevante para el Derecho penal, pero lo justificado era dañoso (antinormativo) aunque permitido, y al revés lo justificado como positivamente valorado y lo atípico negativamente valorado desde la perspectiva de otros sectores del ordenamiento jurídico. Desde el enfoque teleológico de Silva Sánchez, la atipicidad y la exclusión del injusto tienen idéntica función material. La primera no prejuzga las relaciones del hecho con el ordenamiento jurídico y lo segundo no excluye la subsistencia de una prohibición extrapenal. Analíticamente son aspectos parciales de una única decisión valorativa, cuya distinción fundamental, con efectos prácticos, tiene lugar entre la situación penalmente antijurídica (hecho penalmente prohibido) y el juicio de antijuridicidad penal de lo acontecido¹²⁵.

De modo que la tipicidad es atribución de sentido *ex ante* de un riesgo relevante para bienes jurídicos, de conductas humanas conscientes y voluntarias dentro de la situación penalmente antijurídica. La ubicación sistemática del dolo es componente del injusto a partir de los fines preventivos del Derecho penal bajo una concepción imperativa de la norma. Desde el finalismo en adelante, en los hechos dolosos es fundamental el conocimiento. En virtud de esto, según Silva Sánchez, el dolo eventual es arquetipo del dolo. Su objeto sería el riesgo *ex ante* definido en términos de probabilidad. No basta un conocimiento naturalístico. La tipicidad como atribución de sentido requiere conocimiento del contenido del sentido social del hecho y de la agresión penalmente relevante contra un bien jurídico (elemento normativo de la

¹²⁴ En el finalismo el tipo penal es la caracterización fáctica del hecho como contradicción a la norma y la antijuridicidad la contradicción con el ordenamiento jurídico. Salvo en materia de error, las causas de justificación o un elemento relacionado a estas no afectan al hecho en sí. En cambio, para la teoría de los elementos negativos del tipo la tipicidad por sí sola no ofrece una valoración autónoma. La caracterización del hecho está en la conjunción del tipo y los presupuestos de las causas de justificación. En otro extremo, los partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad (posición intermedia respecto de la teoría estricta del finalismo) coinciden materialmente con la teoría de los elementos negativos del tipo, pero disienten sobre los efectos del error en los presupuestos objetivos de las causas de justificación, proponiendo tratar a estos de modo análogo al error de tipo (no de prohibición), lo que Silva Sánchez estima coherente porque la justificación y la atipicidad son, en la misma medida, actuaciones conforme a Derecho (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 390-391 y 397-398).

¹²⁵ Ídem, pp. 394-396.

tipicidad), no amparada por causas de exclusión del injusto. Por esto, el hecho dejaría de ser penalmente prohibido si la persona desconoce hallarse ante un bien jurídico, pues imposibilita su motivación por la norma. En caso de que el desconocimiento se trate de una situación superable, por ejemplo, un tirador inexperto que no deja colocado el seguro del arma (creación imprudente del riesgo), accionándose automáticamente esta e hiriendo a una persona, la norma penal de cuidado sería la única la norma infringida. No obstante, si *ex ante* se constata una mínima posibilidad de motivación, indica Silva Sánchez, debe resolverse *ex post* bajo consideraciones de exigibilidad e inexigibilidad en el ámbito de la norma de sanción¹²⁶.

Asimismo, Silva Sánchez señala dos perspectivas en las causas de justificación. Una, *ex ante*, en el ámbito de la norma primaria que excluye el injusto, pero mantiene la prohibición del hecho y la amenaza de pena. Otra, *ex post*, que incide sobre la norma secundaria, determinando la falta de sancionabilidad penal por ausencia de necesidad de imposición de pena. Tradicionalmente estas perspectivas expresaban el *valor de acción* y el *valor de resultado* (excluyentes de la antijuridicidad), contrapuestos al desvalor de acción y de resultado (fundantes de la tipicidad). A su vez, el ámbito de la aplicación de la norma secundaria (*sancionabilidad*), según Silva Sánchez, por un lado, contiene la atribuibilidad individual del hecho (culpabilidad) y, por otro, la lesividad del hecho *ex post* en la tipicidad punible (*tipicidad* en sentido estricto)¹²⁷. Si se estima pertinente *ex ante* la prohibición del hecho bajo amenaza de pena (norma primaria), *ex post* puede considerarse necesaria o ilegítima la sanción penal concreta (norma de sanción). Las diferentes perspectivas se asocian a criterios político-criminales de merecimiento de pena y de necesidad de pena que, según Silva Sánchez, deben examinarse integralmente con las categorías del sistema del delito, para conseguir la construcción teleológica del sistema orientado en finalidades político-criminales. Ahora bien, tiene diferente incidencia para la limitación de libertad los niveles de la norma primaria y de la secundaria. La prohibición bajo pena es sustancialmente inferior a la sanción penal efectiva. Pero la aplicación de la norma secundaria mediante culpabilidad y tipicidad lesiva *ex post*, según Silva Sánchez, no debe añadir un plus de merecimiento de pena al hecho penalmente prohibido. En cambio, la ausencia de lesividad *ex post* disminuye o elimina la necesidad de pena, no su merecimiento, y la ausencia de culpabilidad puede disminuir el merecimiento de

¹²⁶ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 399-400 y 402-403. Según Silva Sánchez quienes incluyen la voluntad como esencia del dolo mantienen -sin saberlo- el aspecto emocional (interno de la persona) como lo prototípico en la culpabilidad, con mayor «reprochabilidad». Repara que el tránsito del dolo de la culpabilidad al tipo debe suponer su depuración porque la voluntariedad no es un elemento exclusivo del dolo, sino de todas las acciones humanas (ídem, ver notas 390 y 394 al pie de pp. 401-402).

¹²⁷ Ídem, pp. 405-406. Los tipos legales configurados lingüísticamente sobre la base de verbos resultativos contemplan el hecho *ex post*. La no punibilidad por exclusión del injusto incide *ex post* como valor de resultado, como justificación. Zaffaroni sobre el juicio de tipicidad señala que, en una primera operación, se deduce la norma prohibitiva del tipo legal, pero esa norma se establece sólo entendiéndola como parte de un universo de normas interpretadas como un orden normativo (conf. Zaffaroni, E. R., *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 366-367).

pena. La decisión político-criminal de prohibir bajo amenaza de pena tiene efectos preventivos-generales, mientras que la decisión de castigar desempeña un papel secundario. Cuando se renuncia a la imposición de condena, subsiste la prohibición penal porque no incide sobre la norma primaria¹²⁸.

Ahora bien, la culpabilidad como categoría sistemática está vinculada a consideraciones de necesidades preventivas, sin constituir un límite preventivo a la imputación penal¹²⁹. Para Silva Sánchez, la atribución individual del hecho (culpable) es una síntesis de consideraciones de garantía (la igualdad, la humanidad, etc.) y de prevención (como Roxin en su planteamiento). La decisión de exclusión de la responsabilidad puede deberse a falta de culpabilidad en sentido propio o de necesidad preventiva de pena. El finalismo de Welzel afincaba la culpabilidad sobre la idea del poder actuar de otro modo, distinguiendo entre las «causas de exclusión de la culpabilidad» (v. gr., la inimputabilidad) y las «causas de exculpación» (v. gr. el estado de necesidad exculpante). Para Silva Sánchez la distinción no representa utilidad. El poder actuar de otro modo no es decisivo en ninguna de las causas que excluyen la culpabilidad. En efecto, lo único que -a su criterio- revestiría sentido teleológico es distinguir entre causas que *eliminan* el delito como manifestación de peligrosidad (trascendente para la exclusión del injusto penal por eliminar la aplicación de pena y medidas de seguridad), de aquellas que sólo excluirían la culpabilidad, dejando subsistente la peligrosidad y necesidad de reacciones preventivo-especiales mediante medidas de seguridad. No supone la culpabilidad una categoría independiente desde la perspectiva de la necesidad preventiva de pena, ya que en determinados casos de exclusión de la culpabilidad sigue teniendo sentido preventivo la imposición de pena. En efecto, inciden en este ámbito consideraciones derivadas de necesidades preventivas que contribuyen a conformar el contenido de las situaciones de motivabilidad normal por las normas del ordenamiento jurídico-penal, marcando los límites de lo inexigible (causas de exclusión de la culpabilidad). La colisión y síntesis entre lo exigible/inexigible es producto de una decisión

¹²⁸ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 407-408. Resalta Silva Sánchez que en el «merecimiento de pena» inciden criterios de utilidad por consideraciones de racionalidad funcional y en la «necesidad de pena» influyen criterios de garantía que pueden coincidir con factores de racionalidad valorativa (ídem, nota 418 al pie de p. 408). Afirma también que la celebración del proceso es suficiente para garantizar la prevención sin precisar la imposición de la pena, pues asegura que la persona ha infringido normas penales (ídem, p. 408).

¹²⁹ Hay pluralidad de posiciones sobre el fundamento de la culpabilidad. Por ejemplo, la tesis de la culpabilidad como juicio sobre la actitud interna jurídicamente desvalorada de Gallas; la culpabilidad por el carácter de Engisch; el poder individual de actuar de otro modo de Welzel; el concepto social de culpabilidad de Jescheck que responde al baremo de la persona media por entender que el libre albedrío individual es indemostrable; concepciones de signo preventivo general que comprenden el juicio de culpabilidad como una imputación de responsabilidad desde perspectivas funcionales en Jakobs, Schünemann, Gimbernat Ordeig (muy próximo Mir Puig); o tesis mixtas como la de Roxin, que parte del dato psicológico de la capacidad de autoconducción como propiedad común de las personas en situaciones normales para imputar la accesibilidad a la llamada de la norma, recurriendo a la “responsabilidad” como supra-categoría que abarca la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena como elementos del castigo y, a su vez, de autolimitación recíproca. Particularmente destaca Silva Sánchez que en la concepción de la culpabilidad del finalismo de Welzel puede verse, como fin de la pena, en parte una concepción funcional orientada a la obtención de una actitud de fidelidad al Derecho, precedida de una culpabilidad preexistente (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 408-409 y notas 420-421 al pie).

normativa, con consideraciones preventivas y de garantías. En definitiva, Silva Sánchez postula un concepto de culpabilidad desde la perspectiva de la exigibilidad¹³⁰.

Por otra parte, en las causas de exculpación se produce una disminución del contenido de injusto penal del hecho, asimilándolas Silva Sánchez a situaciones de justificación incompletas. Dejando de lado las situaciones de motivación anormal, en algunos casos de estado de necesidad la diferencia entre justificación y exculpación es de grados, vinculada a razones que presuponen determinado contenido de valor del hecho como el interés preponderante, la adecuación de medio a fin, entre otros. Estas diferencias, en casos límite, pueden generar la existencia de causas de exclusión del injusto en el ámbito de la antijuridicidad, en lugar de la culpabilidad¹³¹.

Otro aspecto de la operatividad de la norma secundaria en la sancionabilidad sería la imputación *ex post* del resultado lesivo o la puesta en peligro del bien jurídico, que no afecta la prohibición penal del comportamiento. La visión de Silva Sánchez de la sistematicidad de la norma penal en las categorías de injusto y punibilidad es propia de una concepción imperativa de la norma de conducta (minoritaria). La postura contraria concibe a la norma penal como norma de valoración (dominante), en la cual la lesión o peligro es parte de la antijuridicidad del hecho y el punto de partida del análisis del injusto¹³². Sin embargo, el *resultado* no refiere sólo a tipos de resultado material. Posicionar a este fuera del injusto desempeña una función político-criminal y dogmática, sin asociarse a un delito de peligro. En todas las clases de tipos es posible distinguir entre una perspectiva *ex ante* (riesgo de realización del tipo) y *ex post* (realización del tipo). Los delitos de resultado implican la imputación objetiva del resultado a la conducta, no siendo objeto del dolo ni de los errores, perteneciendo sus reglas al ámbito de la norma secundaria como condiciones de sancionabilidad. Al entender de Silva Sánchez, la causalidad e imputación objetiva no son referencia del dolo. Su producción no depende en sí de la persona, sino que está atado al azar. En esa medida, está fuera del ámbito de las normas primarias porque se trata de un objeto inidóneo. El objeto exclusivo del dolo está *ex ante* circunscripto a la conducta peligrosa para bienes jurídicos. La falta de resultado no afecta al merecimiento de pena (*el injusto*), sino a la necesidad de pena, que disminuye o se elimina (*dimensión garantística*). Por ejemplo, la ausencia de resultado en los tipos imprudentes determina la exclusión de la necesidad de pena y en los tipos dolosos la imposibilidad de sancionar por

¹³⁰ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 410 y ss. Aclara que en la vida social nos atribuimos recíprocamente libertad, por lo estima que la exclusión de responsabilidad no requiere pensar que la persona ha obrado sin libre albedrío. El grado concreto de exigibilidad resulta de la conflictiva relación de necesidades preventivas de mayores niveles de exigencias y de argumentos garantísticos, utilitarios y de intervención mínima que inciden en su reducción. Son variables históricas, dependientes de la evolución política y las ideas (ídem, notas 423 y 429 al pie de pp. 410 y 413).

¹³¹ Ídem, pp. 414-415.

¹³² Ídem, p. 416 (consultar nota 434 al pie).

consumación. El resultado es prueba de la peligrosidad de la conducta prohibida *ex ante*, adquiriendo la imposición de la pena abstractamente prevista mayor legitimación preventiva y de realización de los fines del Derecho penal¹³³. No obstante, en la lesividad *ex post* debe analizarse si concurren resultados salvadores (conducta justificada). En este sentido, el valor de resultado no puede ser ajeno a la consciencia de la persona. Sí se produce por azar deja inalterado el injusto del hecho, disminuyendo sólo la necesidad de pena por un injusto sin lesividad por una analogía estructural con la tentativa inidónea en el nivel de la norma secundaria¹³⁴.

III.6. Recapitulación. La preferencia por un concepto de norma penal como directiva de conducta para legitimar el injusto penal.

Un injusto penal proyectado desde la teoría de las normas tiene la ventaja de aportar razones para la legitimidad del delito y de la pena. El fundamento de imposición de esta puede anclarse en la protección de bienes jurídicos o en la norma en su dimensión imperativa como determinación de la conducta adecuada que debe seguir la persona en cumplimiento de la expectativa que encierra su contenido. La primera opción se vincula característicamente a la denominada *norma de valoración* que selló la orientación del causalismo y del finalismo. Este último, a pesar de concebir un injusto personal, estuvo influido necesariamente por el resultado *ex post* que atribuye mayor intensidad en el juicio de culpabilidad y la punibilidad. La segunda opción se asocia a la denominada *norma de determinación*, cuya operatividad el causalismo valorativo de Mezger usualmente asociaba al juicio de reproche de culpabilidad, pero que en planteamientos como los de Sancinetti, Silva Sánchez o Robles Planas resulta decisivo ya *ex ante* para la configuración del juicio de ilicitud en la antijuridicidad.

Las observaciones críticas hacia planteamientos como los de Mañalich y Kindhäuser se explican por intentar dissociar entre la norma de conducta y las reglas de imputación *a la* Hruschka, ubicando al resultado como propiedad de la antinormatividad constatable *ex post*, quitando el contenido de directiva *ex ante* de la norma de conducta que se refleja en la antijuridicidad. De este modo, resulta metodológicamente plausible aquellos planteamientos

¹³³ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 417 y ss. La imputación del resultado debe guardar *una relación de sentido* con la conducta peligrosa mediante un juicio *ex post* que confirme el sentido del hecho según el juicio *ex ante*. En los delitos de resultado tal relación surge de la causalidad. Si es imposible su constatación, se determina con arreglo a leyes de probabilidad y a criterios normativos de imputación objetiva. La incógnita es si la realización del riesgo en el resultado exige siempre la constatación de la relación de causalidad (ídem, notas 446-447 al pie de p. 418).

¹³⁴ Ídem, p. 420.

que distinguen entre norma de conducta y de sanción (v. gr. Silva Sánchez, Robles Planas), interpretando que en ambas recaen consideraciones preventivas y de política criminal, pero sólo en la primera se encuentra la dimensión de deber que caracteriza al fenómeno del Derecho penal.

Es posible defender una concepción de la norma penal como norma imperativa cuya función sea motivar a las personas a actuar de acuerdo con el valor social que encierra su respeto. La infracción de la norma penal presupone la infracción de un deber, que en el esquema presentado por Silva Sánchez se ubicaría dentro del concepto de norma como directiva de conducta para imputables e inimputables, que operaría como norma de determinación de la conducta *à la* Kaufmann. En lo tocante a la tentativa, esta se definiría como vulneración en el comienzo de ejecución de una norma de conducta primaria por el hecho contrario a la competencia de una persona, en tanto ciudadana portadora de roles determinados bajo los cuales la norma se materializa como expectativa de conducta prohibitiva o de mandato que constituye el comportamiento requerido. De ser esto acertado, el fundamento material del injusto de la tentativa se distinguiría de la consumación por vulnerar de forma absoluta la norma penal debido al incumplimiento del deber primario y el no ejercicio del desistimiento¹³⁵.

¹³⁵ Esto último recibirá un tratamiento explicativo y ampliado en los Capítulos V y VII.

IV. ¿QUÉ INTENTA PROTEGER EL INJUSTO JURÍDICO-PENAL?

Como vimos en el capítulo anterior, la investigación está vinculada a la cuestión de fondo que demarca el devenir del análisis dogmático del delito tentado y consumado. Hay ciertas conductas humanas cuyo cumplimiento exige coactivamente el Estado para alcanzar una convivencia humana pacífica entre las personas que integran una sociedad determinada. Usualmente esta actuación estatal se denomina *ius puniendi*. Detrás de esta prerrogativa existe la confrontación de dos modelos sobre los fines de prevención del Derecho penal y la constitución del injusto penal culpable. Sancinetti indica que el sistema de la teoría del delito adopta configuraciones diferentes según cuál sea el concepto de norma que se adopte como base¹. Siguiendo a Alcácer Guirao, las visiones en disputa en el fondo se entrelazan con la forma de concebir el injusto penal como modelo genérico en función de los fines del Derecho penal. Estas serían dos: la «protección de bienes jurídicos» o la «protección de la vigencia del ordenamiento jurídico». De la oposición de estos emanan dos formas de legitimación del injusto punible: la «lesión de bienes jurídicos» o la «lesión del deber impuesto por la norma de conducta». Cada una arroja particulares consideraciones sobre la tentativa².

La óptica de protección de bienes jurídicos es esencialmente preventiva. Busca conservar estados u objetos del mundo exterior positivamente valorados como bienes jurídicos. Aquí las normas se entienden dirigidas a la regulación de acciones susceptibles de lesión causal de aquellos estados. La función de la norma de conducta se orienta a acciones futuras a través de su mensaje coercitivo: la amenaza de sanción. Dado que la lesión del bien es irreparable, la sanción penal opera teleológicamente como refuerzo al mensaje directivo de la norma de conducta.

La otra visión considera que el Derecho penal tiene por función proteger el ordenamiento jurídico. Se aparta de un concepto concreto de bienes jurídicos para abarcar una generalidad de situaciones inscriptas en la norma de conducta, que las protege contra el debilitamiento de su vigencia fáctica mediante el refuerzo de su validez normativa. Las acciones contrarias a estas se interpretan con alcance y repercusión psico-social y comunicativo-simbólica. De esta manera, la imposición de una pena (sanción) tiene por función restablecer la vigencia normativa puesta en duda. El papel de la sanción penal es esencialmente *reactivo* ante el hecho cometido,

¹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 17-18. A la par de esta afirmación, Silva Sánchez manifiesta que «un concepto jurídico-penal de injusto debería tener alguna relación con una determinada concepción previa acerca de la norma, que el injusto -de algún modo- negaría» (conf. *¿Adiós a un concepto unitario* (2014), nota 22 al pie p. 5).

² Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 13.

por el daño simbólico creado por el comportamiento contrario a lo ordenado por la norma. Es un mecanismo de protección *autorreferencial*: el sistema (Derecho) no regula directamente el entorno (bienes jurídicos), sino que se *autorregula* a sí mismo mediante la pena (se estabiliza). La primacía teleológica del modelo se centra en la imposición concreta de una pena que refuerza a la norma de conducta infringida³.

IV.1. El modelo de protección de bienes jurídicos. Formulación y críticas.

Desde Binding, el Derecho penal se ha desarrollado bajo la idea de protección de bienes jurídicos. Sin embargo, el origen de la teoría del bien jurídico es mayoritariamente atribuido a Birnbaum, alrededor del año 1834⁴. Las acciones que vulneran o ponen en peligro a ciertos intereses esenciales como la vida, la libertad, la propiedad, etc., en una sociedad determinada, son legalmente amenazadas con pena y convertidos en bienes jurídicos⁵. Pawlik afirma que aquella teoría poseía un potencial crítico exiguo, pero constituyó la transición al pensamiento positivista, convirtiendo el concepto de bien jurídico como un puente entre las normas y las circunstancias existentes en el mundo exterior⁶. El delito era definido como la “infracción culpable de la norma conminada con pena”, y el bien jurídico un valor para la comunidad jurídica como condición para su vida, cuya decisión competía al o la legislador/a. La teoría del bien jurídico en Binding, desde el prisma de la desobediencia contra el mandato de la norma, jerarquizaba el valor de los bienes y la lesión del bien era el núcleo de la desobediencia⁷.

³ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 258-259.

⁴ Pawlik recuerda que Binding se valió la teoría de Birnbaum, que aquel había explicitado en el artículo “*Sobre la necesidad de una lesión del derecho para el concepto de delito*” (publicado en 1834). En efecto, este criticaba a la teoría de la lesión del derecho de Feuerbach por la equiparación de delito y contravenciones en una misma categoría. Concebía que delito es “toda lesión o puesta en peligro imputable a la voluntad humana de uno de aquellos bienes que deben ser garantizados a todo el mundo y de manera uniforme a través de la violencia estatal”. Con esto pretendía encontrar un patrón supra positivo sobre los límites de la penalización del legislador, rechazando planteamientos de tinte estatal-utilitaristas (conf. Pawlik, M., *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016) (2), InDret Penal, pp. 2-3). Roxin señala que la cuestión que el concepto de bien jurídico surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho penal de la Ilustración, esforzada en restringir la punibilidad a los “daños sociales” y la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 55, nm. 8; ver además Jakobs, G., *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2020, pp. 43-44).

⁵ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), pp. 43-45 nm. 38. Jakobs menciona que tales objetos pueden llamarse razonablemente bienes pues son situaciones valoradas positivamente y ‘buenas’ para quien la valora (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 45, nm. 3).

⁶ Silva Sánchez expresa que los conceptos sociológicos de bien jurídico tienen como *leit motiv* la separación de Moral y Derecho. Construyen ciertamente una teoría de las condiciones positivamente valoradas que merecen protección jurídica -a partir del criterio de la dañosidad social-, pero el concepto es básicamente formal (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 269 y 318).

⁷ Conf. Pawlik, *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 3. Sancinetti indica que surgió por el fracaso de la teoría de las normas de Binding orientada por la teoría de los imperativos (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 21).

Roxin señala que bien jurídico es el ideal que se incorpora en el objeto de ataque, que es lesionable dañando los respectivos objetos individuales con la acción, distinguiendo el bien jurídico del objeto de la acción⁸. Por ejemplo, en el hurto (art. 162 del Código Penal argentino), la cosa ajena mueble sustraída es el objeto de la acción, pero el bien jurídico protegido es la propiedad a través de la posesión.

Según Roxin, la idea de protección de bienes jurídicos deduce límites para el *ius puniendi*. De allí que no protegen ningún bien jurídico las amenazas penales arbitrarias, que establecen finalidades puramente ideológicas o morales, que crean desigualdades injustificadas entre las personas o imponen penas a la expresión de opiniones⁹. Sin embargo, se denuncia la falta o nula de capacidad de la teoría para limitar el uso del Derecho penal porque prácticamente todo interés, finalidad o función del sistema social se puede considerar un bien jurídico¹⁰.

En el mismo sentido parecen ir otros. Por ejemplo, Zaffaroni critica abiertamente el concepto de *bien jurídico tutelado* catalogándolo de *falso* e indicando que es incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y su carácter sancionador. Denuncia que la tutela penal es producto de una alquimia jurídico-penal: del concepto de bien jurídico *lesionado* al de bien jurídico *tutelado*. No obstante, es un concepto lógicamente necesario del que no se puede prescindir para dar sentido a la prohibición. Advierte Zaffaroni que si se pretende su supresión se oculta a otro bien y titular: el Estado, la voluntad general o la mera vigencia de las normas, que no suprime el bien jurídico, sino que reduce todo a uno: el poder. La protección o tutela es anterior e independiente de la ley penal. Esta no crea bienes jurídicos, sólo exige su lesión como requisito del ejercicio del poder punitivo, puesto que los bienes jurídicos están en el Derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. El Derecho penal sólo selección y tipifica algunas conductas lesivas. Señala por esto que la idea de bien jurídico penalmente tutelado invierte el concepto de bien jurídico liberal, abriendo una criminalización ilimitada de

⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (1997), pp. 62-63 nm. 24.

⁹ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 44 nm. 38; Roxin, *Derecho Penal* (1997), pp. 52 y ss.

¹⁰ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 44 nm. 39; Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 268; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 45-46 nm. 4. Este último indica que se confunde indebidamente como perturbación la lesión al bien al comportamiento imputable junto con las fuerzas de la naturaleza y el comportamiento humano no evitable. Profundiza esta crítica, afirmando: “[...] el Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase. Si el fundamento de esta abstención se impusiese al Derecho penal desde fuera, sería adecuado llamar bienes jurídico-penales a objetos de la clase mencionados por sí mismos o por su utilidad para personas o para la sociedad, pues se señalaría jurídico-penalmente una protección amplia que se limitaría a determinadas formas de ataque sólo por motivos ajenos al Derecho penal. Con este modo de entender, sin embargo, toda destrucción de un bien en el sentido indicado, suceda como sea, debe ser una perturbación penalmente relevante [...]” (conf. Jakobs, G., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Título original: Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, traducción de Manuel Cancio Meliá), Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2008, pp. 14-15). Asimismo, sostiene que “[...] Es importante para Binding la clasificación de los bienes: ellos son constituidos por un juicio de valor de la comunidad jurídica: el bien jurídico es siempre bien jurídico de la colectividad, aunque parezca individual. [...] La teoría de Binding constituye la tentativa de proporcionar un soporte teórico para una comprensión del derecho orientado por la sociedad [...] reconoce ampliamente el derecho no legislado y se aproxima así al entendimiento de una autorreglamentación social [...]” (conf. Jakobs, *¿Protección de bienes jurídicos?* (2020), p. 47).

tipos penales, con la máxima “donde hay lesión debe haber un delito”, en lugar de “donde hay un delito debe haber una lesión” (que sería lo correcto). Según Zaffaroni, desde la perspectiva de limitación del poder punitivo, el bien jurídico es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, no en el objeto mismo¹¹. Sin embargo, contradictoriamente indica:

“[...] la lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro cierto) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma deducida del tipo aislado [...]”¹².

Por su parte, Roxin distingue entre Derecho penal en sentido formal y en sentido material. Estipula que el primero es la serie de preceptos que regulan normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones sancionada mediante penas o medidas de seguridad. En cambio, el segundo sería un concepto previo, que al legislador suministra criterios político-criminales sobre los cometidos del Derecho penal, como la protección subsidiaria de bienes jurídicos¹³. Vale decir, tiene que asegurar determinados bienes previamente dados, lo que tradicionalmente ha implicado la restricción sustancial de la punibilidad (exclusión del Derecho penal) en dos sentidos: las meras inmoralidades y las contravenciones¹⁴.

Tomando una perspectiva de protección subsidiaria, Roxin deriva *tres críticas* a las definiciones tradicionales de bien jurídico. Primero, no es posible limitarse a bienes individuales porque también deben protegerse bienes de la comunidad, cuya lesión merece pena. Por ejemplo, la moneda, la administración de justicia, etc. Segundo, si los sentimientos o concepciones valorativas generales se reconocen como bien, se está imponiendo a las

¹¹ Conf. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 368-369; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 44 nm. 38-39; Robles Planas, *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 31-32. Silva Sánchez es crítico al referir que no son idénticos el objeto de protección del Derecho en general y penal en particular. Una concepción del Derecho penal como mero refuerzo sancionatorio de normas de otros sectores carece de sentido. El Derecho penal dispone de normas primarias propias. Lo que hace «penal» una infracción no es la sanción con pena, sino determinadas características materiales de la infracción. Si al Derecho en su conjunto le competen funciones de protección social, sólo podrá intervenir en casos que concurra dañosidad social. En cambio, la referencia personal, lo individual y otros requisitos derivados de la idea de proporcionalidad, deben estimarse específicos del bien jurídico-penal (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 275-276).

¹² Sancinetti sostiene que Zaffaroni parte de una noción de bien jurídico convencional, identificada con el objeto (físico) de protección, que no logra admitir que se agota en la legitimación de la norma que da fundamento al tipo penal (conf. *Teoría del Delito...* (1991), nota 43 al pie de pp. 372-373). Pawlik critica a la teoría del bien jurídico por la afinidad connatural con el criterio del peligro. Si el fin es el mantenimiento de bienes jurídicos, las puestas en peligro deben ser evitadas. Autor/a sería todo/a aquel/la que puede causar peligro para el bien jurídico. Bajo esta lógica expansiva pierde legitimidad el mandato de comportamiento reforzado con pena como medida idónea y necesaria de contención del peligro. Por ejemplo, en los delitos omisivos la lógica de optimización del universo de bienes obligaría a emprender conductas salvadoras a quienes sean capaces de auxiliar, lo que -al contrario- evita la teoría de los deberes de garante (conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), pp. 8-9).

¹³ Jakobs lo sintetiza afirmando que no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 61, nm. 27).

¹⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (1997), p. 41, nm. 1-2, y pp. 52-53, nm. 2 y ss. Su pretensión es vincular el carácter de *última ratio de la política social* del Derecho penal como medida protectora disponible cuando fallen otros medios sociales, con su naturaleza fragmentaria que limita la protección a una parte de los bienes jurídicos, a concretas formas de ataque, lo cual se desprende del principio de proporcionalidad. Estas características y principios funcionan como directrices político-criminales (idem, pp. 65 y 67, nm. 28 y ss.).

concepciones morales dominantes como bien jurídico colectivo¹⁵. Tercero, es difícil delimitar hechos punibles y contravenciones por medio de un concepto de bien jurídico preconcebido. Hay contravenciones que menoscaban bienes jurídicos preexistentes de las personas, y delitos económicos, tributarios y ambientales creados sólo por necesidades estatales¹⁶.

En consecuencia, desde una perspectiva metodológica, el bien jurídico es sólo una *forma sintética de pensamiento* del sentido y fin de las normas del Derecho penal. La única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución¹⁷. Un concepto de bien jurídico político-criminalmente vinculante debe derivar de los cometidos plasmados en esta. En virtud de esa idea, Roxin define al bien jurídico como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema, abarcando a estados previos al Derecho y a deberes de cumplimiento de normas creadas por este, afirmando que no se trata de una concepción estática¹⁸. A partir de este concepto postula algunas consecuencias: las conminaciones penales arbitrarias, finalidades puramente ideológicas, punición de las opiniones y los preceptos penales que crean o aseguran la desigualdad entre seres humanos no protegen bienes jurídicos; tampoco lesionan bienes jurídicos las inmoralidades¹⁹. Por otro lado, enumera ventajas: estar abierto al cambio social y progresos científicos -por ejemplo, los delitos relativos a pornografía-,

¹⁵ Jakobs expresa: “[...] un legislador que no esté persiguiendo la opresión [...] nunca protegerá la moral *per se*, sino, en todo caso, determinados contenidos cuando la sociedad los necesite para su mantenimiento o los crea necesitar, pudiéndose decir sin que ello sea forzado -por razón de esa necesidad- que esos contenidos son un bien [...]” (conf. *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), pp. 37-38). En una sociedad democrática, la imposición de la moral colectiva como bien jurídico genera que el reproche de culpabilidad vulnere el mandato de neutralidad, exigiéndole a la persona cualidades extra-jurídicas y una moral patriótica como deber de respeto (conf. Kindhäuser, *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 90 y ss.).

¹⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (1997), p. 54, nm. 5-6.

¹⁷ Interesante es el planteo de Silva Sánchez de concebir a la Constitución como continente de la protección de principios fundamentales de limitación racional de la intervención penal frente a la democratización del proceso penal y el riesgo de avance del populismo penal -a veces de la mano del derecho internacional- que aleja del ideal expresivo de reducción de la violencia dentro del fenómeno penal (conf. *Malum passionis* (2019), pp. 29-65).

¹⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (1997), pp. 55-57 nm. 9 y 15. Jakobs lo sintetiza desde una perspectiva funcional: “[...] no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquél que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano [...]”, aunque reconoce que no resuelve el problema de qué funciones deben reconocerse jurídicamente legítimas, punto débil inherente a todo concepto de bien jurídico (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 52 nm. 15). Según Kindhäuser, los bienes jurídicos serían las condiciones de autonomía comunicativa protegidas por la norma jurídico-penal, que se fundamentan en determinadas propiedades de personas, cosas o instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), p. 111).

¹⁹ Pawlik indica que todo bien, jurídico o no, expresa una determinada moralidad, y que los bienes y las moralidades son categorías intercambiables, cuya contraposición fracasa desde un comienzo, pero sí puede cuestionarse la moralidad sobre la que se asientan los bienes. No hay una frontera de validez general, atemporal, entre lo «meramente inmoral» y lo «relevante jurídico-penalmente». Su delimitación representa una manifestación complementaria del desarrollo general político, económico y moral. Por ejemplo, Wolff en 1736 afirmaba que se debía castigar el desprecio y descuido del servicio religioso porque la justicia en comunidad no se podía sostener sin la religión; en el siglo XVIII todo Estado que osaba renunciar a la fuerza integradora de la religión corría riesgo. Entonces el concepto de bien jurídico despojando de contenido liberal, definido por oposición a la inmoralidad, entraría en juego cuando se han resquebrajado las representaciones de la moral por transformación de las condiciones sociales, reduciéndose a la necesidad de comprobar si lo que goza de protección jurídico-penal posee realmente valor como estado valioso, que no necesita en sí referencia al concepto de bien jurídico (conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), pp. 6-7 y nota 36 al pie).

proporcionar criterios de enjuiciamiento para legislar y aplicar el derecho para los preceptos de la Parte Especial; hacer visibles los problemas límite del *ius puniendi* y lograr dar una solución racional a estos, como la punibilidad de actos preparatorios o el castigo de meras manifestaciones de la actitud²⁰.

Pero Roxin reconoce *debilidades* de la concepción del injusto como protección bienes jurídicos. Primero, que sólo es suficiente una puesta en peligro, no necesariamente una lesión, para la punibilidad. Por ejemplo, en los delitos de peligro concreto y abstracto, los bienes jurídicos protegidos (integridad corporal, vida, patrimonio, libertad, etc.) no se mencionan en el respectivo tipo penal, sino que constituyen el motivo para su creación²¹. Segundo, la menor capacidad del Derecho penal de limitar la punición ante los modernos riesgos de la vida con la tradicional teoría del bien jurídico²². Tercero, el fenómeno de la criminalidad organizada suscita la disyuntiva de sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho para adoptar un Derecho penal preventivo, sin subsidiariedad, con garantías y procedimientos menos exigentes, a la vez, con sanciones menos intensas, a mitad del Derecho penal nuclear y contravencional²³, o mantener un Derecho penal ajustado a la idea de Estado que adapta estructuras de imputación específicas para -por ejemplo- las personas jurídicas²⁴. Cuarto, reconoce que el concepto se describe de modo diverso y es frecuentemente vaga su operatividad para elaborar un concepto

²⁰ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (1997), pp. 56-57 nm. 10 y ss., y pp. 58-59 nm. 16 y ss. La protección de valores de la acción y de la actitud interna, cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico, está vedada, salvo normas morales elementales cuya observancia es precisa para evitar consecuencias socialmente nocivas (ídem, pp. 60 y 63 nm. 23 y 25). Kindhäuser explicita que las normas de consenso generales son normas constitutivas de nuestra forma de vida (prohibición del homicidio o de la violación), que prácticamente impiden la admisibilidad de un error de prohibición (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), p. 105 y nota 78 al pie).

²¹ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 60, nm. 23. Para este planteamiento por definición *la tentativa* no produce la lesión del objeto de la acción, no está en contradicción con el bien jurídico, pero requiere como presupuesto que la acción esté dirigida por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión. Desde luego, la ampliación del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro produce reparos porque conduce a incriminar el campo previo (la célebre identificación en los delitos de peligro de la tentativa de la tentativa), resultando los bienes cada vez más inaprehensibles. Roxin justifica que no se vulnera el principio de culpabilidad si la conducta peligrosa está descrita, y es claramente visible su referencia al bien jurídico, incluso en los delitos de peligro abstracto. No obstante, es ambivalentemente en casos límite como, por ejemplo, el “tráfico con narcóticos”, refutando que no existe responsabilidad penal por delito consumado para quien promete proporcionar drogas sin encontrar ningún proveedor (BGH StrV 1992, 516 y 517), pues es una conducta que de antemano refiere vagamente a un bien jurídico poco claro (la “salud pública”), incluyendo las meras declaraciones de intenciones, incompatible con una concepción del Derecho penal orientada al bien jurídico porque se aproxima a un Derecho penal de la actitud (ídem, pp. 60-61, nm. 23a).

²² Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 61 nm. 23b. La respuesta que ofrece parece insatisfactoria en función de sus ideas. Luchar contra el riesgo mediante la pena, preservando la referencia al bien jurídico y los principios de la imputación, sólo cuando las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo, y si esto no es posible el derecho penal debe abstenerse de intervenir. La insatisfacción viene dada ante el fenómeno de la criminalidad organizada y las nuevas concepciones del riesgo, donde los agentes fundamentales no son sujetos individuales, sino grandes organizaciones despersonalizadas. Enfrentar esto con la metodología tradicional de la dogmática jurídico-penal implica un campo de posibilidades de mayor crecimiento desde el lado contrario.

²³ La idea de un modelo de Derecho penal preventivo la matiza Silva Sánchez con la concepción de un derecho penal de tres velocidades (conf. *Aproximación...* (1992), pp. 311 y ss.).

²⁴ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 61-62 nm. 23b ss. Puede entenderse constitutivo del Derecho penal nuclear -Derecho penal en sentido estricto- la reducción a delitos tradicionales, con garantías fuertes para legitimar las penas (conf. Kindhäuser, *La fidelidad al Derecho...* (2011), p. 105 y nota 78 al pie).

material de delito, resaltando su fundamento inseguro y el consenso relativo sobre su cometido²⁵.

En concordancia con Roxin, resalta Robles Planas la escasa capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico para operar sobre los límites de las prohibiciones y mandatos, dada su elevada dosis de circularidad conceptual²⁶. Jakobs agrega otras observaciones sobre la concepción tradicional de bien jurídico. Primero, no se concibe un orden formal entre individuos singulares o una sociedad sin miembros, hay que establecer quién es favorecido por la función protectora: la persona -vida, libertad, patrimonio, etc.- o el Estado -seguridad, orden público, etc.-, o ambas a la vez. Segundo, la dañosidad social de la conducta no se corresponde necesariamente con la desvaloración del comportamiento lesivo para los bienes que necesitan protección, pues el límite de lo socialmente adecuado es objetivamente arbitrario, con la posibilidad que existan bienes privados con protección pública y bienes públicos con protección penal. Tercero, no especifican de quién es la capacidad para disponer de un bien, si recae sobre la persona singular -por ejemplo, en la propiedad, la idea liberal que el egoísmo garantiza su empleo óptimo para la vida económica-, o es estatal cuando los bienes sirven para la generalidad y requieren una gestión común²⁷.

El bien jurídico está siempre vinculado a una norma que establece un precepto de conducta, que lo define materialmente. Justamente la categoría de delito sanciona la no observancia del comportamiento exigido. Se puede entrever esta observación cuando Bacigalupo asume que las normas penales son el objeto de protección, a la vez que plantea que en la Constitución están los límites del Derecho penal para sancionar acciones peligrosas en infracción de normas penales que protegen ciertos intereses²⁸. Paradójicamente, Roxin termina asumiendo una postura mixta cuando define la tentativa como creación de un peligro a través de medios materiales, enjuiciado *ex ante* sobre la base de la representación del autor o de la autora, próxima a la realización típica, que implica -subsidiariamente- la infracción de la norma

²⁵ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 70-71, nm. 38. Pawlik resalta la unidimensionalidad del pensamiento del bien jurídico como defecto congénito, que reduce la legitimación de las normas penales a si un tipo penal es merecedor de protección, privando de legitimidad a otras que persiguen intereses no dignos de protección según los convencimientos que imperan en una sociedad. Que existan intereses merecedores de protección no dice nada sobre qué manera y con qué medios debe hacerse. Además, se remarca que no tiene en cuenta que la protección penal afecta los intereses de la potencial víctima y, a la vez, del resto de las personas porque la norma prohibitiva limita la libertad de actuación. Por esto señala que el concepto de bien jurídico es ajeno a toda consideración sobre la noción de *competencia*, que legitima la protección jurídico-penal (conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 7).

²⁶ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), p. 33.

²⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 48-49 nm. 9 ss., p. 52, nm. 15 y pp. 56-57 nm. 22 y ss. Los riesgos que haya de soportar un bien en el contacto social no pueden ser deducidos de los bienes que se insertan en este. No se puede proteger a un bien contra todos los riesgos, sino sólo contra aquellos que no sea consecuencia necesaria del contacto social permitido. Para calificar de lesión del bien jurídico, el alcance de la protección (dañosidad social) debe añadirse al bien o institución desde afuera, sólo posible si se conocen los límites del orden social (ídem).

²⁸ Conf. *Derecho Penal* (2016), pp. 45-46 nm. 41-42.

próxima al tipo que constituye una perturbación del Derecho²⁹. El planteamiento muestra una dicotomía: en el delito consumado la lesión es al bien jurídico penalmente tutelado y en el delito de tentativa sólo hay (¡perturbación!) de una norma próxima al tipo (*¿cuál norma?*). Más claro parece Jakobs cuando postula el núcleo de los delitos en el incumplimiento de un deber, como negativa a comportarse conforme a la exigencia de la expectativa que encierra la norma³⁰.

En el fondo, quienes se posicionan en una concepción del injusto penal satélite a la idea de bien jurídico lesionado al mismo tiempo reflejan implícitamente referencias propias de una concepción ceñida a la protección de la vigencia de la norma, con expresiones tales como «infracción de una norma», «peligro de infracción», «norma prohibitiva» o «perturbación del derecho»³¹.

Alcácer Guirao defiende que el fin de protección de la vigencia de la norma es legítimo en sí mismo, pero entendido como fin dependiente del cometido primordial de protección de bienes jurídicos. En efecto, indica que el criterio del quebrantamiento de la vigencia de la norma es formal y genérico, con un margen mínimo de lesividad que precisa de contenido material para la interpretación de los tipos penales. En cambio, la concepción de delito como lesión de bienes jurídicos centrada en el peligro para estos como criterio de relevancia penal -comprende Alcácer- es el fundamento óptimo de punición de la tentativa. En este sentido, el injusto de la tentativa implica concebir a la acción que no produce un resultado lesivo. Valorativamente supone una excepción de la punición de acciones lesivas como desvalor del delito consumado, porque cualitativamente la lesión del bien es prototipo del injusto. En consecuencia, resulta obligatoria la atenuación de su punibilidad. En cambio, desde el fin de protección de la norma, la desvaloración gradual tiende a diluirse. La tentativa es ya lesión de la vigencia de la norma, es perturbación del orden social. La diferencia con la consumación sería de carácter *cuantitativo*. La lesión del bien jurídico supondría mayor acentuación -objetivación, según Jakobs- del quebrantamiento de la vigencia de la norma, convirtiendo en facultativa la atenuación de la punibilidad³².

La concepción defendida por Alcácer Guirao contiene un fundamento de punición de la tentativa de doble carácter. Por un lado, apela al peligro para el bien jurídico protegido que pone

²⁹ Conf. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, Madrid, Thomson Reuters, 2014, pp. 434 y ss.

³⁰ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 53-54 nm. 18.

³¹ Reyes Alvarado considera que debe adoptarse el quebrantamiento de la vigencia de la norma como teoría autónoma sobre la razón de ser de la punibilidad de la tentativa, indicando que partidarios de las teorías objetivas, subjetivas y de la impresión suelen complementar sus planteamientos con referencias a la infracción de la norma (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 73).

³² Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 267-268 y 283. Desde el fin de protección de los valores ético-sociales de Welzel, de acuerdo con los presupuestos teleológicos de su sistema, es el desvalor subjetivo del acto, (la manifestación de voluntad hostil al Derecho) el criterio de desvalor prioritario. Por esto, la tentativa inidónea supone ya, desde el fin ético-social, un daño para el ordenamiento no menos justificada que en el delito consumado (ídem, p. 268).

en duda la vigencia de la norma. El contenido de la *expectativa* plasmada en la norma es la seguridad que los intereses (bienes jurídicos) no serán lesionados. Por otro lado, el margen mínimo de punición lo ubica en la peligrosidad *ex ante*, tomando en cuenta si para una persona racional situada en la posición del o de la autor/a, dotada de sus conocimientos, si la acción suponía un peligro relevante para el bien jurídico, que racional e intersubjetivamente pone en duda la seguridad en la expectativa normativa desde el fin de protección de la confianza en la vigencia de las normas. A su criterio, es extendible para el merecimiento de pena de todas las acciones penalmente relevantes³³. A partir de esa base, rechaza la teoría de la prevención general positiva, en la vertiente de fin ético-social, de integración o de protección de la vigencia de la norma. Repudia de esta una intermediación entre Derecho y moral, la subjetivización de los criterios para la desvaloración de conductas y el adelantamiento de la punición a la voluntad manifiestamente hostil al Derecho, tutelando *valores de la actitud* que quebrantan el *poder espiritual* del ordenamiento. No obstante, sitúa en el fin de protección de la vigencia de la norma la garantía de la confianza en la validez fáctica de aquella para que sea respetada por los demás, limitándose al mantenimiento exterior de esferas personales de intereses, para conseguir un marco de punición menos subjetivo³⁴.

De este modo, Alcácer Guirao plantea que materialmente el fin de la protección de la vigencia de las normas es inseparable de la protección de bienes jurídicos, que no puede ser realizado sin éste. El cometido fundamental de un Derecho penal liberal no ha de ser sólo garantizar al o a la ciudadano/a que sus intereses no serán lesionados, sino proteger a estos con la pretensión de lograr una seguridad material en su indemnidad. El fin inmediato sería, entonces, la protección de bienes jurídicos y, mediatamente, el fin de la protección de la vigencia de la norma, dependiente del primero. En esta medida, la acción quebranta la vigencia de la norma porque lesiona un bien jurídico³⁵.

³³ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 287.

³⁴ Ídem, p. 261. Reconoce que lo relevante no ha de ser la relación subjetiva entre la persona y la norma, propia del finalismo, que Jakobs rechaza expresamente, sino la relación objetiva entre la acción del autor o de la autora y el efecto quebrantador de la vigencia de la norma en el entorno social. Destaca que la concepción normativa de persona con roles sociales asignados de Jakobs, esta posee una esfera de organización privada que, mientras no conlleve la arrogación de esferas ajenas, debe ser penalmente irrelevante, presupuesto que plasma en el sistema de imputación del comportamiento (ídem, p. 272). Kindhäuser explica que no se puede dirigir un reproche de culpabilidad por un determinado comportamiento sólo con fines de educación, de intimidación, etc. A quien se reprocha un delito persiguiendo determinados fines, menoscaba y niega su autonomía comunicativa. El reproche jurídico-penal de culpabilidad es una reacción formalizada, a la que se pueden vincular objetivos de mayor alcance como la prevención especial ofrecida como ayuda a la socialización -no vulnera el mandato de neutralidad- o la prevención general que indica que el abandono del espacio de la legalidad no es aceptado por la irrogación de un mal, lo cual reafirma que la integración social libre de violencia sólo transcurre en el entendimiento leal. El reproche de culpabilidad y la pena, para ser legítimos, requieren tratar al o a la autor/a como participante en un diálogo con derechos discursivos debidamente asegurados, pues la autonomía comunicativa implica la idea de aceptar el mal de la pena como reacción simbólica a la defraudación producida por la deslealtad del comportamiento y apreciar el hecho desde la perspectiva de los y las demás (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 116-117).

³⁵ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 261-263 y 265-267.

Ahora bien, la posición asumida por Alcácer Guirao no escapa a las críticas generales sobre la idea de protección de bienes jurídicos. Particularmente debe observarse que, cuando hace hincapié en la infracción de la norma, refiere a “algo más” que la mera lesión de un objeto afecto por el comportamiento. Precisamente, un modo de comportamiento exteriorizado distinto al debido, al exigido por la norma de conducta, subyace en cada mandato de acción. En el injusto no puede equipararse y prevalecer la protección de bienes jurídicos por sobre la vigencia de la norma, otorgándole a esta última una función secundaria. Jakobs remarca que la protección de bienes jurídicos no alcanza a explicar todos los elementos del delito, que la equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de una competencia institucional, pues en esos casos debe existir entre el o la autor/a y el bien jurídico una relación positiva, una comunidad vital. Si se atiende únicamente a la lesión de un bien, el contenido de las expectativas especiales de comportamiento que gravan a las personas no se puede reflejar en los deberes especiales en delitos especiales propios, o sólo es posible incompletamente en los deberes especiales en delitos especiales impropios³⁶.

De manera particular Sancinetti sostiene que la fundamentación del concepto de injusto exclusivamente reducido al *disvalor de acción* no necesita dejar de lado el valor del bien jurídico. Por el contrario, señala que parte precisamente desde el bien jurídico (juicio de valor primario). En su concepción, este cumple una función prioritaria en el concepto de ilícito, no por el resultado efectivo, sí por aquél que la decisión de acción abarcó en el contexto de la finalidad. Reconoce que el bien jurídico legitima a la norma que impone el deber, y se opone a la idea de que legitimar el Derecho penal por medio de su función de protección de los bienes jurídicos, como garantía liberal, tiene que conducir a la consideración del resultado de la acción, fundando una menor punibilidad de la tentativa por el peligro corrido porque es menor al daño efectivo (delito consumado) para el bien jurídico³⁷. Señala que esto descuida que la norma de la tentativa pretende disuadir y evitar el resultado que produce la consumación. Se trata de la misma norma sobre dos decisiones de voluntad idénticas, disuadidas en medida diferente³⁸. Lo

³⁶ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 52-53 nm. 16-17; *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), p. 21.

³⁷ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 80 y 111.

³⁸ La principal consecuencia práctica que asume Sancinetti en su modelo de ilícito subjetivo es la idéntica penalidad entre la tentativa acabada y el delito consumado. La idea de que la equiparación agrava la situación de quien no causa una efectiva lesión presupone infundadamente que tiende a aumentar la escala penal de la tentativa, no a reducir la correspondiente de la consumación. Ante esto, resalta que la diferencia actual de los marcos penales -obligatoria en el Código Penal argentino y español- puede constituir un exceso de punibilidad a ser corregido porque en la racionalización entre la tentativa y la consumación no puede existir ninguna diferencia de imputación. El contenido de ilícito es idéntico (conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 133-134). Opuesto a esta idea, Roxin expone que el pensamiento de la infracción de la norma a la hora de determinar el interés en penar consecuentemente genera que la tentativa y la consumación lo sean por igual porque en la voluntad delictiva no existen diferencias. Pero el hecho de que la tentativa pueda ser penada más levemente (§ 23 II StGB) habla en favor de que se fundamente ante todo en el pensamiento de la puesta en peligro, acompañando la idea de algo menos grave que la lesión (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 438 nm. 14).

decisivo del disvalor del resultado para el ilícito, según Sancinetti, es la tendencia de la voluntad a la situación de hecho objetiva que, *ex ante*, define el carácter disvalioso de la decisión contraria a la norma que pretende tener eficacia disuasoria³⁹.

Según Sancinetti, el bien jurídico cumple la función de definir el disvalor de acción contrario a la norma, en la medida que la voluntad se contrapone a este y, por medio de este, a la norma. Afirma que sólo mediante esta relación de oposición puede ser definido el disvalor de acción⁴⁰. Asimismo, ubica el valor objetivo del bien jurídico proporcionado por la norma de valoración en la acción tipificada, que pretende proteger mediante la disuasión -requisito de legitimación política del Derecho penal, descartando consecuencias necesarias sobre el carácter constitutivo del disvalor de resultado. Sólo cuenta el disvalor de acción como decisión de voluntad. Únicamente puede disuadir una decisión de acción. Si el resultado cumpliera una función en el ilícito no podría derivarse de la norma que debe disuadir, pues el contenido de esta se cumple o se infringe con un acto de voluntad⁴¹.

Resumiendo, la teoría del bien jurídico no es un modelo de fundamentación adecuado del injusto. Como afirmaba Welzel, el Derecho penal no sirve para proteger piezas de un museo. Una vez lesionado el objeto del bien jurídico no puede ser reparado. Los valores sociales que pretenden encerrar dentro de la conformación del bien jurídico son, más bien, necesidades sociales que se expresan en funciones que deben sustentarse o garantizarse para asegurar el éxito de la convivencia en una comunidad. La norma penal, no el bien jurídico, precisamente tiende a brindar esa garantía para el funcionamiento de instituciones sociales nucleares. Particularmente, Sancinetti admite que detrás de la idea de protección de un bien jurídico subyace una norma de conducta, un mandato de comportamiento. Lo intenta justificar desde una perspectiva subjetiva-monista, apartándose de visiones *objetivo-peligrosistas* como las expuestas por Alcácer Guirao o Roxin. No obstante, a su criterio, por encima de la función de

³⁹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 82 y ss. Repara críticamente que el modelo de disuasión, desde el punto de vista de la prevención general, trae dificultades a los y las destinatarios/as, que nunca podrían saber de qué deben abstenerse antes de realizar la acción. Asimismo, sostiene que lo razonable es evaluar el modo en que la persona ha conducido su acción, sin computar los hechos causales -o casuales-, como la producción del resultado (ídem, pp. 83 y 128).

⁴⁰ Conf. *Teoría del Delito...* (1991) pp. 111-112. El mandato de la norma está representado por el valor (primario) del bien jurídico. La acción será contraria a la norma si la voluntad refiere (negativamente) al daño o puesta en peligro de ese valor. Radicalmente sentencia que no hay nada en la teoría del bien jurídico que no sea una teoría sobre la función de la norma (ídem, p. 112). Por su parte, Pawlik afirma que los bienes jurídicos no pueden pensarse marginados de las valoraciones que subyacen, que tienen una naturaleza política y no pueden desarrollarse por la teoría del bien jurídico, sino que esta se desarrolla a partir de aquella. Recuerda que la concepción de von Liszt, cercano a Binding, realizaba el papel del legislador al momento de decidir qué intereses vitales ameritan protección jurídica para ser bienes jurídicos. von Liszt reconocía la relación interna de la ciencia jurídica con la política, concibiendo al Derecho penal al servicio de las personas y el bien jurídico como la existencia misma de ellas en sus manifestaciones como individualidad y en la generalidad en Derecho. Asimismo, reconocía al Estado como portador de intereses y titular de bienes jurídicos, equiparado su posición formal a la del o de la ciudadano/a. No obstante, la teoría de los intereses nunca limitó la relación entre los intereses estatales y aquellos de titularidad individual para evitar convertirse en instrumento de un estatismo puro. Tampoco definió qué intereses están al servicio de la generalidad. Pawlik achaca que la teoría carece de potencial crítico para la comprensión del bien jurídico (conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), pp. 4-5).

⁴¹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 85-86.

la norma de determinación (concreción individual del deber de conducta) se encontraría el bien jurídico a través de la norma de valoración (o *juicio de valor primario* como él denomina) donde subyace la valoración del estado de cosas a proteger que dota de contenido a la norma que pretende disuadir las decisiones de acciones dañosas, la norma de determinación (o *juicio de valor secundario*).

Considero que su postura no escapa a las críticas formuladas a la de Alcácer Guirao. Roxin reconoce, paradójicamente, que en el pensamiento de la infracción de la norma subyace la equiparación de punición entre la tentativa y la consumación, que Sancinetti defiende a ultranza, pero partiendo erróneamente de la base de que lo predominante es el bien jurídico (o juicio de valor primario), que dota de contenido al deber de la norma de determinación (o juicio de valor secundario). Como se vio en el planteamiento de Silva Sánchez⁴², la relación es inversa. La norma de determinación desde una concepción imperativa es el juicio de valor primario (la *primera decisión político-criminal*), que sólo se puede excluir con proposiciones permisivas sobre los enunciados prohibitivos, y que la norma de valoración se encuentra contenida en un juicio de valor secundario que se efectúa al momento de decidir sobre la sancionabilidad del comportamiento (la *segunda decisión político-criminal*)⁴³.

IV.2. El modelo de protección de la vigencia de la norma. El aporte de Jakobs.

El origen de esta corriente de pensamiento la mayoría lo ubica en la obra de Hegel, en respuesta a la teoría de la justicia de Kant, que intentó justificar la pena mediante una interpretación comunicativo-simbólica de premisas *cuasi-metafísicas* para derivar los fines de esta y del Derecho penal. En efecto, postuló que el delito es negación del derecho (en cuanto lesión) y la pena es su refutación (negación de la negación), restableciendo de esa manera el derecho lesionado⁴⁴.

⁴² Para más precisiones ver Capítulo III apartado 5.d. (pp. 52-60).

⁴³ Conf. *Aproximación...* (1992), pp. 381 y ss. Asimismo, una interrelación entre la configuración valorativa del contenido de las categorías del sistema y la orientación a finalidades político-criminales requiere de conceptos abiertos y flexibles, normativos en la configuración de las categorías orientadas a los fines del Derecho penal constituidos por finalidades político-criminales que debe cumplir para ser legítima la intervención y evitar el riesgo de convertirse en una mera tautología (ídem, p. 370).

⁴⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 195. Kindhäuser critica a la teoría idealista de la retribución de Hegel indicando que la supuesta necesidad racional de la conexión entre el quebrantamiento de la norma y la pena es poco clara, e incomprensible por qué y cómo la mala voluntad puede ser suprimida del mundo mediante la pena o bien la vigencia del derecho restituida mediante un acto de reconocimiento. Desafía -interrogándose- por qué lo lesivamente general no ha de poder ser objeto de una reparación (simbólica). Afirma que el reconocimiento del autor o de la autora como ser racional no se condice con la pena que, por lo general, se ajusta a los presupuestos empíricos del reproche de culpabilidad como el motivo del hecho, el grado de socialización, etc. También agrega que la lesión jurídica puede ser compensada mediante la reparación material. Por otro lado, se pregunta, hasta qué punto la mala voluntad del o de la delincuente se presenta con la pretensión de generalización. Por ejemplo, el homicida no pretende matarse. La irracionalidad sólo puede consistir en que la persona hace

El *ius puniendi* se configura como un poder conformador del orden social en una concepción del Derecho penal como protección de la vigencia de la norma. Su fin es restablecer y estabilizar el estado de orden alterado a través del delito, antes que proteger intereses individuales. Se adscribe al delito y a la pena una función organizativa y supraindividual. El objeto de protección es la organización jurídico-social y su lesividad es simbólica. La conducta delictiva, desde esta perspectiva, es un elemento desorganizador, perturbador de la paz social, que quebranta la vigencia del Derecho en cuanto poder de configuración de la estructura social. La conducta penalmente relevante es la lesión simbólica para el significado del Derecho penal⁴⁵.

Uno de los principales exponentes de esta corriente ha sido Jakobs, quien basa su teoría en tres elementos sistémico-funcionales: *norma*, *persona* y *pena*. En efecto, en base a la teoría de los imperativos, las expectativas sociales institucionalizadas por el órgano legislativo competente se expresan en normas a través de la comunicación en forma de órdenes que ponen de manifiesto un comportamiento que no se debe realizar u imperativos que reclaman un hacer necesario. La conducta contraria a la norma es divergente con relación al modelo que encierra la expectativa. En este sentido, la norma es una orden u imperativo para la conservación de cierto estado social⁴⁶. La inversión del tradicional concepto de bien jurídico-penal que formuló Jakobs sería lo siguiente: el bien jurídico-penal es la validez del contenido de la norma (*vinculatoriedad práctica de la norma*). En este sentido, el bien jurídico-penal sólo puede ser atacado por un comportamiento en tanto suceso significativo, y requiere ser distinguido del suceso externo. La norma (por ejemplo, respetar la integridad corporal ajena) se debe diferenciar del objeto de la acción, del comportamiento (por ejemplo, el ataque a una persona con un cuchillo)⁴⁷. El objeto de protección de una norma es la referencia de legitimidad de la norma penal, en contraposición con su validez como bien jurídico-penal⁴⁸.

Jakobs estipula que tanto al o a la autor/a, como a la víctima, se les garantiza un ámbito de organización propio. La validez fáctica de la norma se ve menoscabada cuando los primeros se arrogan una organización que no le está asignada. Así pues, en los delitos de peligro abstracto, que protegen el ámbito previo de las condiciones de existencia del bien jurídico o de la institución (garantizan un determinado estándar), independientemente de la capacidad del o

algo que no quiere o no puede querer que los y las demás hagan con ella. Según Kindhäuser, solamente la persona puede reconocer el derecho negado por ella, y modificar su propia voluntad. El Derecho penal no está legitimado para calificar moralmente al hecho delictivo como *auto-negación* de una persona *moral-razional*. Sin embargo, la identidad de la norma lesionada es conservada declarativamente por el juicio de antijuridicidad, pues el reproche de culpabilidad no subsana esta, ni restituye su quebrantamiento fáctico (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 112 y ss.).

⁴⁵ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 195-196.

⁴⁶ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 41 nm. 32-33.

⁴⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 46-47 nm. 5; *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), pp. 17-18.

⁴⁸ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 47-48 nm. 7.

de la participante concreto/a, y en la tentativa, la persona sólo sale de su esfera privada cuando se arroga un poder de organización ajeno⁴⁹.

Ahora bien, a la concepción del injusto como protección de normas se le objeta la posibilidad de justificar por medio del Derecho penal cualquier orden normativo, sin consideración de su contenido⁵⁰. Jakobs refuta que la teoría de protección del bien jurídico no posee potencial crítico alguno. La protección del Derecho penal de modo mediato o inmediato sirve a la persona, su libertad y a los bienes. Aclara que se puede optar las normas para la regulación de la vida libre con el mismo punto de partida crítico de la teoría del bien jurídico, que es *político*, no científico⁵¹.

Por otra parte, la teoría de Jakobs asigna principalmente un rol general a la persona, sea autora o víctima de la infracción, más allá de la lesión de un bien. La referencia central de la imputación del injusto penal está en la infracción del rol, cuyo funcionamiento se explica mediante la teoría de la imputación del comportamiento no permitido⁵². Por consiguiente, las normas afectan a personas competentes, a quienes se le asignan roles generales y específicos, que se traducen en deberes de no lesionar o de salvamento. En efecto, cuando se pierde un bien, la posibilidad de evitación *per sé* no significa nada sobre la competencia por el suceso. Según el contexto social, Jakobs explica que la pérdida puede ser atribuida de varios modos: a) a la víctima que actuó a riesgo propio (auto competencia), mientras los y las demás han desempeñado correctamente su papel de personas fieles al ordenamiento jurídico; b) al o a la autor/a plenamente competente, puesto que la víctima no abandonó el rol de una persona cuidadosa de sus propios bienes y las otras personas no han quebrantado su papel de ciudadanos/as respetuosos con el derecho; c) a un o una tercero/a competente, por el que el o la causante no debe responder; y d) a la desgracia que debe cargar la víctima, ya que nadie cometió un error y no se afectan expectativas de carácter normativo⁵³.

⁴⁹ La validez fáctica de la norma es asunto del o de la autor/a y de la víctima. Uno/a debe respetar la norma y la otra debe estar segura que la expectativa normativa se va a respetar para poder orientar su conducta (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 58-59 nm. 25a ss.; *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), p. 21). También una suficiente seguridad cognitiva es condición necesaria para poder disfrutar los bienes. Esta es, a su vez, un bien jurídico. No cualquier perturbación pequeña de aquella es un delito, tampoco cualquier lesión mínima de un bien debe ser convertida artificiosamente en delito (ídem, pp. 45-46).

⁵⁰ Conf. *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), p. 53.

⁵¹ Ídem, pp. 53-54. Reyes Alvarado prioriza la idea de *quebrantamiento de la norma* recordando que la tentativa adquiere relevancia penal desde el momento en que se produce un quebrantamiento de la norma. Esta idea -expresa- ha servido de complemento para los partidarios de concepciones objetivas, para subjetivistas e incluso para la teoría de la impresión. Señala que Jakobs aportó al quebrantamiento de la norma autonomía argumentativa, puesto que quien despliega una conducta comunicativamente relevante evidencia el desconocimiento y quebranta la norma penal (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 71 y ss.).

⁵² El concepto de lesión se sitúa en el contenido expresivo del comportamiento humano, no en la afectación material-causal de un objeto. “[...] el reconocimiento de la atribución de responsabilidades en función de la teoría de la imputación objetiva es [...] el reconocimiento de un orden establecido en función de roles, esto es, en función de las relaciones entre personas, y esto significa a su vez, en función de determinadas expectativas normativas, es decir, en función de normas que no son a su vez bienes de personas determinadas”. (conf. *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), p. 31).

⁵³ Ídem, pp. 25-27. Este esquema prescinde de la exposición de la competencia conjunta, cuando varias personas causan la pérdida o podrían haberla evitado.

Jakobs explica su teoría de la imputación del comportamiento de acuerdo con el rol. Por ejemplo, el conductor de un taxi que lleva a un cliente, bajo condiciones normales, de un sitio a otro, no responderá de los hechos que el pasajero cometa en el lugar de destino. También quien sigue las reglas del tráfico viario y lesiona a un peatón que cruza repentinamente, no hace nada que contradiga su rol (legal), no defrauda una expectativa, se conduce de modo socialmente adecuado (estereotipado). La idea que subyace en la imputación en términos funcionales es el “riesgo permitido”. Quien lleva a cabo una conducta de acuerdo con este permanece dentro de su rol. También quien presta una contribución a quién actúa a riesgo propio, pues lo que acontezca será imputable a la víctima (auto competencia). Por ejemplo, el suministro de drogas a una persona adulta consciente. Quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otra/s persona/s, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes (prohibición de regreso)⁵⁴. De la misma forma para quien actúa conforme a la norma y confía que las demás personas se conducirán de modo correcto (principio de confianza)⁵⁵. No se espera que cada persona evite cualquier lesión a un bien, sino solo aquella que le incumbe por su competencia, aplicando el cuidado suficiente. Conforme a la teoría de los imperativos, el mandato sería: “no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona”, equivalente a “*no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho*”. La norma penal se traduce en un deber primario de no ser competente por la lesión⁵⁶.

Ahora bien, según Jakobs, a la persona le compete la evitación de la lesión de un bien, dependiendo del contexto social. El orden social no puede definirse exclusivamente a través de bienes, sino que han de considerarse los *roles* de las personas. Así pues, cuando las personas están obligadas por una institución a prestar apoyo, al quebrantar su rol han obviado la creación de un bien, no solo lesionan materialmente un bien. La persona no se caracteriza por ser exclusivamente titular de un determinado bien. El concepto de bien jurídico penal tiene significación parcial porque continente la relación del o de la titular con el bien, o entre los y las titulares de los bienes. Recién adquiere configuración operativa mediante las normas que fijan los roles de las personas intervinientes⁵⁷. De esta manera, Jakobs señala:

“[...] al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone

⁵⁴ Ejemplo del caso del taxista.

⁵⁵ Caso de quien sigue las reglas del tráfico vial.

⁵⁶ Conf. Jakobs, *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), pp. 28-29.

⁵⁷ Ídem, pp. 33-34. Pawlik, entre sus críticas a la teoría del bien jurídico, señala que desconoce el horizonte social del Derecho, la relación jurídica en la que el bien *vive* y su vinculación con las interacciones sociales como escala para su valor y criterio de su menoscabo (conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 9).

al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico-penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho penal: la esfera de la significación del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del significado de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado de la norma por medio de la reacción punitiva”⁵⁸.

La función del castigo penal para Jakobs es contribuir al mantenimiento de la configuración social y estatal mediante la garantía de las normas. Aquellas expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y legalmente exigida no se deben dar por perdidas en caso de defraudación. Aun contradiciendo el lenguaje usual, define que el bien a proteger es la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma practicada⁵⁹.

En consecuencia, el esquema norma-persona-pena podría formularse de la siguiente manera: la norma, el hecho y la pena se encuentran en el mismo plano de significación. El delito desautoriza la norma por parte de la persona, en tanto representa la falta de fidelidad actuada ante el orden jurídico, que lo convierte en un asunto social. El hecho es el déficit objetivado frente al cual se reacciona con pena. En el hecho, la persona expresa un mensaje contradictorio o alternativo sobre el alcance de su libertad mediante la usurpación de derechos ajenos. No sólo postula una sociedad de estructura diversa, sino que emprende su ejecución. La objetivación de la comunicación es un hecho que se refuta mediante el reproche de culpabilidad, objetivado -a su vez- con la pena, que significa que el uso de la libertad demostrado por la persona no puede ser el sendero rector. El pronunciamiento de la culpabilidad atribuye el hecho exclusivamente a la competencia y voluntad particular defectuosa de la persona. El hecho como negación de la estructura social es marginalizado por la pena, confirmando la configuración de esta mediante la ejecución de la pena. La pena verdaderamente restaña el quebrantamiento de la norma⁶⁰. Este modelo teórico se tomará como base de explicación plausible del injusto culpable.

IV.3. Alternativas contemporáneas sobre la protección de la vigencia de la norma.

⁵⁸ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 46, nm. 5. Según Jakobs, el principio del hecho no cabe explicarlo a partir del principio de protección de bienes jurídicos en la concepción convencional, ya que no surge respuesta alguna a la pregunta de si se da un ataque y cuándo tan peligroso que haga necesaria la pena. Destaca la objeción de que la atención en el desvalor de acción conduce a un Derecho penal de la actitud, que es predicable de toda teoría, incluso de la protección de bienes jurídicos sensorialmente perceptibles (ídem, nota 2 al pie).

⁵⁹ Ídem, p. 45 nm. 2. Reyes Alvarado, de manera contradictoria, entiende que todas las teorías sobre la razón de ser de la punibilidad de la tentativa están edificadas sobre el supuesto que las conductas merecen una sanción por poner en peligro un bien jurídico, siendo diferente el mecanismo para determinar cuándo existe ese peligro. Señala que la interpretación del comportamiento como infractor de la norma penal implica que el Derecho penal interviene frente a la existencia de una efectiva lesión -consumación- o un determinado peligro -tentativa- para el bien jurídico (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 83-84).

⁶⁰ Conf. *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), pp. 57 ss. Se aclara que una norma rige cuando pueda seguirse como válida.

IV.3.a. El injusto penal como vulneración de la garantía de la autonomía individual.

Robles Planas expresa que la teoría de las normas, desde Binding, es la mejor herramienta teórica para responder a las cuestiones materiales y sistemáticas del concepto de delito. El bien jurídico sólo sirve como material bruto para la discusión sobre la legitimidad de las prohibiciones. Su concepto revestiría virtualidad clasificatoria, por cuanto sirve para identificar un interés digno de protección jurídica para prohibir su lesión. En cuanto a su puesta en peligro, desde un punto de vista externo, la cuestión material es entre libertad y protección. Los intereses contrapuestos entre el mantenimiento de la libertad de actuación y la seguridad se resuelven a favor de la segunda cuando no se observe gran interés en el ejercicio de la primera. Una vez establecida la prohibición, el Derecho penal reacciona frente al quebrantamiento de la norma que suponga un injusto-culpable. Esto se determina mediante dos constataciones: la infracción de la libertad y el merecimiento de pena. Para esto, Robles Planas utiliza dos premisas. Primero, el o la legislador/a penal no crea injustos culpables, sólo sanciona penalmente alguno de estos. Segundo, el o la legislador/a no define las esferas jurídicas, sólo las protege. La norma de conducta es independiente de la sanción sobre su infracción. Dicho de otro modo, el objeto de prohibición o mandato es independiente de lo que se sanciona. En efecto, la limitación de la libertad de actuación requiere legitimación independiente a la pena. Al contrario, Binding se aferró a la idea de bien jurídico e intentó superar las dificultades de legitimación en los delitos de peligro abstracto (el castigo de la mera desobediencia), sosteniendo que la prohibición era irrenunciable en ocasiones, aun sin lesión o peligro concreto⁶¹. Así, la primera conclusión de Robles Planas es que el discurso tradicional de los bienes jurídicos no está en condiciones de afirmar sí es legítima la restricción de la libertad de actuación y el castigo penal de su quebrantamiento ante diversos intereses en conflicto⁶².

En efecto, Robles Planas esboza una fundamentación material del injusto afinado en la noción de “autonomía”⁶³ para dotar de sentido a las prohibiciones y los mandatos normativos, y superar la limitación tradicional de la noción de libertad negativa. Asume dos nociones - irrenunciables-, que son la *seguridad* y el *bienestar*, a las que vincula con el concepto de

⁶¹ Jakobs indica que en estos delitos se estandariza el contenido del rol de la persona que no lesiona (conf. *¿Qué protege el Derecho penal...* (2008), p. 46).

⁶² Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 32-33. Pawlik expresa que, más allá de la designación de determinado bien jurídico, ha de esclarecerse por qué y en qué medida, material y temporal, se puede recurrir a otras personas -surgen deberes de competencia- para su salvaguarda. En efecto, destaca que en la distribución de competencias y selección de bienes jurídicos se manifiesta lo liberal del ordenamiento jurídico (conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 8 y nota 47).

⁶³ El ser humano como ser autónomo encuentra su esencia en las expectativas recíprocas individuales, cuyo desarrollo debe ser considerando por los y las demás.

autonomía individual. En este esquema los bienes jurídicos son un medio para el desarrollo y compatibilización de las esferas autónomas individuales⁶⁴.

La idea de autonomía determina que una conducta constituye materialmente un delito si implica la reducción del potencial de acción jurídicamente reconocido de otra persona. Para esto apela a la distinción entre libertad o autonomía como garantía de exclusión, como utilidad o en su contexto institucional⁶⁵.

Bajo este panorama, exalta la idea de que detrás de toda prohibición o restricción surge la necesidad de criterios de procedencia de la sanción penal frente a la infracción de normas de conductas jurídico-penalmente garantizadas. ¿Hasta qué punto debe producirse esa garantía por medio del Derecho penal? Depende de cuán soportables sean las consecuencias de su renuncia y cuál sea el espíritu del ordenamiento jurídico. Sí en la práctica hay delitos sin pena, ¿por qué razón el Estado, teniendo derecho, renuncia a castigar ciertas infracciones normativas? Robles Planas toma la idea de Binding (1907), que la pena es un mal para el reo y el Estado en términos de costes y lesión de intereses jurídicos de la persona condenada, sus familiares y la propia comunidad. De este modo, el Estado puede reclamar pena cuando sea necesaria y el derecho a castigar se traduzca en deber. El deber de castigar tiene un criterio axiológico límite: si el mal de no hacerlo es superior que el mal de ejecutarlo. Binding señalaba que la pena es expresión y medida del interés del Estado en el cumplimiento de las leyes, como defensa coactiva e imposición de la observancia del Derecho. La omisión de castigar aparece como un mal. Empero, cuando la impunidad duradera debilita la autoridad de la ley, nace el deber de castigar. La pena -para Binding- impone el derecho al cumplimiento de las normas del Estado en defensa de la autoridad de las leyes lesionadas. No obstante, desde el punto de vista del hecho cometido, la medida del delito está en la culpabilidad y la gravedad del hecho. Por esto, advierte Robles Planas un doble alcance: el delito y sus efectos. Para el Derecho penal surge la necesidad de

⁶⁴ Conf. *Normas de conducta* (2019), pp. 5-6; el mismo, *Dogmática de los límites...* (2015), p. 35. Robles Planas vincula la idea de “autonomía” con la actividad del Estado por medio de la protección del Derecho penal. En términos de autonomía, el principio de *ultima ratio* se reinterpreta como limitación de la configuración a ataques a la autonomía jurídica individual. El concepto material de delito se conecta con la lesión de la autonomía jurídica de las personas, cuya protección es el núcleo esencial del fin último del Estado. Empero, la dificultad es evitar el reduccionismo de limitar el concepto material de delito a acciones lesivas interpersonales sobre pérdidas de autonomía individual (las clásicas relaciones sinalagmáticas que presuponen proximidad entre el autor o la autora y la víctima, o la posibilidad de individualización de esta). Aquí se deja de lado a las conductas contra estructuras colectivas sin una víctima, por ejemplo, los delitos tributarios (ídem, pp. 36-37). El interrogante sería cómo fundamentar materialmente el castigo de la mera desobediencia. Para Binding era irrenunciable, más allá de cualquier peligro o lesión. Kindhäuser define el injusto jurídico-penal como menoscabo de las condiciones bajo las cuales pueden ser coordinadas las acciones conforme a una orientación al entendimiento, fundamentando la noción de bien jurídico en la relación de autonomía comunicativa de los y las participantes en el discurso social, protegiendo la norma jurídico penal “determinadas propiedades de personas, cosas o instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo” (conf. *La fidelidad al Derecho...* (2011), pp. 110-111).

⁶⁵ Ver el tratamiento de esta distinción en el Capítulo III apartado 5.c. (pp. 44-52).

castigar por el delito cometido y el deber de castigar garantiza un ordenamiento jurídico frente al efecto perturbador⁶⁶.

En efecto, los denominados delitos de acumulación presentarían la estructura de abuso del derecho de libertad. El disfrute del bien tiene correlativamente el deber de respetar el contexto en cuestión, considerando la conducta futura de los y las demás para definir el propio espacio de libertad. Sí el disfrute del bien niega respeto al contexto, se abusa del derecho, y los casos de lesiones acumuladas de la norma conducen a un daño de magnitud. Por otro lado, la infracción de deberes institucionales puede verse como un acto de libertad con sentido o finalidad de dañar, o un acto de libertad que presupone autovinculación a la institución. En efecto, en el *delito de omisión de socorro*, la norma prescribe el amparo activo frente a la crisis de un interés existencial sin que sea significativo el sacrificio de la libertad personal de quien auxilia o de terceros/as. En cambio, los funcionarios desleales se emparentan con la estructura del *abuso de la competencia* atribuida por el Estado para lesionar al propio Estado u otros/as ciudadanos/as. Sólo es sancionable -según Robles Planas- aquella manifestación del abuso del derecho de libertad cuando están en peligro bienes de máxima importancia y es considerablemente pequeño el sacrificio exigido porque su abuso erosiona indirectamente la idea de autonomía individual⁶⁷.

Ahora bien, en el ámbito de los derechos especiales, Robles Planas explica que la entrada en una posición de deber especial representa un peligro para la propia autonomía cuando la institución tenga trascendencia. Esto depende de la clase de menoscabo y las posibilidades de control y protección de la propia organización estatal. En efecto, en ámbitos institucionales, como la administración pública, resalta Robles Planas que no bastan los funcionarios en sentido estricto, pues se requiere de deberes positivos constitutivos de una relación *cuasi-institucional* de los y las ciudadanos/as. En las situaciones donde la administración requiere de una prestación para poder coordinar la protección del ámbito se genera la posición de deber especial, sancionada penalmente, cuya negativa puede lesionar la efectiva posibilidad de control y protección, produciéndose el daño. Estas últimas materialmente constituirían infracciones de deberes de colaboración. De esta manera, cuando se pasa de un estatus general a uno especial *cuasi-institucional*, la lesión de la institución es una forma de abuso de derecho, siendo imprescindible un acto de autovinculación de la que nazca la relación especial. Por ejemplo, el

⁶⁶ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 51-54. Para Binding la autoridad jurídica de la norma permanece invariable pese a su infracción, pero la fáctica no. Contra la conmoción fáctica se dirige la reacción de la pena. El deber de castigar es la garantía irrenunciable del predominio del derecho mediante el coligamiento del o de la delincuente a la coacción jurídica (ídem, notas 46-47 al pie pp. 53-54).

⁶⁷ Ídem, pp. 68 y 71.

delito fiscal requiere la ocultación del hecho imponible; los delitos contra la administración de justicia, la instrumentalización de esta⁶⁸.

IV.3.b. La vulneración del deber de colaboración en una comunidad jurídicamente organizada.

Pawlik critica la unidimensionalidad de la teoría del bien jurídico e intenta justificar que el concepto de delito no se determina por el resultado (lesión del bien), sino con base en el alcance de la obligación que a la persona le corresponde en su condición de ciudadana. Autor/a no es alguien con capacidad de lesionar, sino que conceptualmente es persona en Derecho (*Rechtsperson*), responsable del cumplimiento de un determinado haz de deberes. La persona lesionada también es persona en Derecho, independientemente del bien dañado. Pawlik enfoca el conflicto sobre la legitimidad del injusto penal en la delimitación de espacios de libertad personal, no en la protección de objetos valiosos, cuantificables. No es un giro terminológico. Toma el concepto de persona como directriz para sustituir al bien jurídico como modo de producción y aseguramiento de las condiciones de la vida conjunta⁶⁹.

En efecto, según Pawlik, las personas se encuentran en una comunidad normativamente constituida en Estado. Rememorando a Kant, la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas⁷⁰. Apelando a Hegel⁷¹, entiende que la persona existe como ser-reconocido⁷². Relaciona inseparablemente unidos a la *persona en Derecho* y la *ley jurídica*. La primera existe bajo la condición de validez de la segunda. Esta solo puede satisfacer su tarea básica de

⁶⁸ Conf. *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 69-70.

⁶⁹ Conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 9.

⁷⁰ *Responsable frente al Derecho* es quien reclama autodeterminación y actúa en el rol de un/a particular que está interesado/a en una protección efectiva de su integridad, pero también actúa ante el Estado en el rol de *responsable del Derecho*. El concepto de libertad jurídica tiene significado liberal y democrático. La representación democrática del o de la ciudadano/a en el Estado se infravalora en la teoría del bien jurídico. Las personas no están atadas a una lista de bienes ideadas para ellas. Pawlik tilda a la teoría del bien jurídico de mundo normativo paralelo que ha perdido conexión con el discurso del Derecho constitucional. Cataloga al bien jurídico como interpretación preconstitucional del legislador, que lo deja de lado como instancia legitimada democráticamente, con las limitaciones jurídico-constitucionales del Estado. Ahora bien, el ciudadano/a sometido/a al Derecho sustituye al súbdito/a. En lugar de obedecer a una voluntad ajena se encuentra bajo su propio Derecho (se autodetermina) en la comunidad que el/ella mismo/a contribuyó a definir. Al contrario de la idea kantiana de la personalidad individual soberana y consciente, el Derecho como institución se alcanza por acuerdos procedimentales idóneos en una democracia representativa o participativa (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 37-38; *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 43 y 49-52).

⁷¹ Este analiza y reinterpreta la filosofía de Hegel en cuanto al fundamento de la idea de conservación del estado de libertades como finalidad del Derecho penal (conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), p. 7).

⁷² Conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), nota 57 al pie p. 10. El *ser-reconocido* es aquel que se identifica con la capacidad de decisión de la mano de razones y poder de reflexión, que no está a merced de los propios impulsos, deseos, necesidad y motivos que se imponen inmediatamente. Esto dota de sentido al concepto de autodeterminación, pues un hacer sin instancia de dirección haría descender a toda conducta humana al estatus de mera naturaleza (conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 14-15).

coordinación de la acción a través de la constitución de personas en Derecho. Pawlik utiliza dos premisas de Hegel sobre la materialidad de la ley jurídica general: “sé una persona y respeta a los demás como persona” y “trata a los otros como a los de tu condición”, equivalentes al imperativo categórico kantiano de obrar externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal⁷³. La concepción del Derecho orientada a la igualdad en la libertad implica que los derechos se definen sobre la posición jurídica de las otras personas y todas experimenten en sus acciones externas las mismas limitaciones en su espacio jurídico de actuación⁷⁴.

IV.3.b.1. El actuar en la comunidad jurídica organizada. Ejes de sentido de la acción.

El *actuar* es importante por la dimensión personal como expresión de un acontecer comunicativo y social. Las acciones deben su contenido de significado a la disponibilidad de modelos previos generados lingüísticamente.

La persona tiene poder de reflexión, capacidad de lenguaje, de generalización, de formular razones y ponderar entre estas. Ella debe dar forma conceptual a las posibilidades de conductas en base a sus experiencias personales, interpretarlas como representante de lo general y valorar estas recurriendo a normas generales con pretensión de validez más allá de lo concreto individual. Sostiene Pawlik que los actos de las otras personas son comprensibles para nosotros en la medida que podemos ver en estos algo de la forma de nuestro propio entendimiento. Así, intérprete e interpretado participan en el mismo mundo y modo de pensar cuando alcanzan una comprensión recíproca sobre el actuar. Es un sistema de referencia, de compatibilidad, derivado del contexto social. La medida entre el sistema de referencia y la comprensión recíproca es proporcional: mientras más débil sea uno más difícil será la otra. La capacidad de orientarse en el propio actuar según razones sociales comprende la libertad de voluntad, que es producto de un proceso cultural de atribución. Quien la tiene -según Pawlik- sólo puede realizar acciones en sentido pleno, sí en estas los esquemas de interpretación del mundo y de motivación son

⁷³ Pawlik reconoce que tiene rasgos kantianos el concepto de delito planteado como vulneración del deber de cooperación dentro de un estado de libertades. La idea es que el y la ciudadano/a pueden disfrutar de su propio derecho, aun cuando no se encuentre asegurado mediante una adecuada infraestructura institucional. No obstante, el eje central de su concepción (que lo distingue de Kant y lo acerca a Hegel) es que cada uno/a aprovecha la libertad garantizada por el Estado bajo el deber de contribuir al mantenimiento y continuidad de la estructura institucional como coste de “ser en el mundo”. Esto se realiza mediante el cumplimiento de sus deberes de fidelidad al Derecho, signados por competencias de respeto y de fomento, atravesados por incumbencias de cuidado y de esfuerzo (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 49-50). En el Capítulo IV apartado 3.b.3. (pp. 91-93) se dará tratamiento a esta cuestión.

⁷⁴ Conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 10.

compatibles -mínimamente- con los esquemas del entorno social. Cada persona está sometida a los esquemas de orientación disponibles de la moral y el Derecho, que asignan espacios de libertad de acción y exigen -a la vez- responsabilidad en términos reactivos ante la infracción del modelo de conducta⁷⁵. Esto deriva de que quien actúa comunica y lleva a cabo una autodeterminación en el ámbito público que está obligado/a a fundamentar. Pawlik Invoca la teoría de los actos de habla de Austin (filosofía del lenguaje) para enmarcar la actuación como un acto de habla (lo que Hegel había denominado *espíritu objetivo*). Con esto, según Pawlik, la teoría del lenguaje forma parte de la teoría de la acción⁷⁶.

En efecto, Hegel postulaba la idea de que el espíritu se manifiesta primeramente en la forma de la voluntad individual, que evoluciona su determinación hacia la generalidad -independientemente de lo interno- y el reconocimiento intersubjetivo que realiza la libertad. Según aquel, la libertad debe estructurarse hacia *la realidad del mundo*, lo subjetivo hacia el espíritu objetivo. Este es la esfera del Derecho, ontológicamente la idea de Derecho que fundamenta sustancialmente la *libertad de la voluntad* en el reconocimiento recíproco. El Derecho es la existencia de la voluntad libre en cuanto idea, y la voluntad en el proceso de auto-objetivización alcanza su forma perfecta en el Estado ético. El Estado representa la *realidad de la idea ética*, la voluntad libre fundada en lo racional como realidad. Para Hegel ontológicamente es garante irrenunciable de los intereses existenciales y derechos

⁷⁵ La moral y el derecho serían modelos de interpretación heteroadministrados, orientaciones al valor, con perspectivas de enjuiciamiento previamente disponibles para que la persona alcance su autodeterminación y autorrealización (conf. *Confirmación de la norma...* (2019), p. 41). Los derechos fundamentales y los derechos humanos garantizan que ningún sistema social absorba al hombre en su totalidad, que desarrolle una personalidad individual, escoja y coordine conscientemente sus propias autorrepresentaciones (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), p. 35).

⁷⁶ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 16-19. La doctrina de los actos de habla tiene origen en doce conferencias dictadas por Austin en la Universidad de Harvard en 1957, recopiladas tras su fallecimiento y publicadas en 1962 en *Cómo hacer cosas con palabras* («How to do things with words»). Austin distinguía entre enunciados lingüísticos descriptivos / constataivos (que describen un estado de la realidad o constatan una realidad objetiva) y enunciados realizativos / performativos (que serían los enunciados de pleno sentido, describiendo algo que se está haciendo, sin ser verdaderos ni falsos). Por ejemplo, el “Sí quiero” cuando se contrae matrimonio. Sobre los enunciados realizativos o performativos, Austin distinguió tres tipos de actos de habla: «locucionario», «ilocucionario» y «perlocucionario». Un *acto locucionario* se corresponde con la pronunciación fónica o sonora de un enunciado verbal portador de sentido en circunstancias adecuadas. Requiere un componente fonético (emisión de ruidos o sonidos), otro fático (que el enunciado pertenezca a la construcción gramatical de cierto vocabulario) y otro rético (que denote un significado). Por ejemplo, “Sí acepto a XY como cónyuge” expresado ante la autoridad civil competente con los cónyuges presentes. Los *actos ilocucionarios* son determinados por una fuerza convencionalmente reconocida al enunciado emitido, que dice algo cognitivamente separable del acto locucionario, aunque inherente a este. “Sí acepto a XY como cónyuge” es un acto locucionario que perfecciona el acto ilocucionario de la celebración del matrimonio. Los *actos perlocucionarios* denotan los efectos colaterales que derivan del enunciado lingüístico emitido -por el hecho de haberse dicho algo-. Puede tratarse de persuadir, convencer, confundir, amenazar, intimidar, etc. Los cónyuges se aceptan entre sí en matrimonio, genera inmediatamente alegría entre las personas presentes. La importancia de la clasificación para el Derecho penal está en los tipos delictivos cuyo medio de comisión es la emisión verbal de un enunciado lingüístico. Por ejemplo, el delito de falso testimonio en juicio (delito de habla en sentido estricto); y los tipos delictivos donde el enunciado verbal es una forma de comisión como en el delito de amenazas. También los enunciados lingüísticos tienen importancia en la intervención criminal, en la inducción y la autoría mediata (conf. Polaino-Orts, M., *Normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla*, en *Normativismo en derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*, Resistencia, ConTexto Libros, 2011, pp. 109-124).

fundamentales, en particular representante del espíritu absoluto bajo las condiciones de lo finito⁷⁷. Este sería el *primer eje* del contenido y sentido de la acción humana según Pawlik.

Ahora bien, el *segundo eje del concepto de actuar humano* de Pawlik viene de la mano del concepto de negación de Hegel, elevado a principio ontológico. En efecto, la acción en sentido jurídico-penal significa tomar posición respecto de la obligación que surge de la norma penal, aceptándola o rechazándola. La acción esta mediada por el esquema de valoración de la norma jurídica (la ley penal) frente a la cual quien que actúa antijurídica y culpablemente toma posición sobre la obligación que le concierne⁷⁸. Dicho de otro modo, construye un esquema de valoración holística para que la acción (como un todo no diferenciado) sea singularizada mediante la metodología hegeliana del desarrollo del contenido del concepto, como serían los presupuestos de la imputación penal.

En efecto, Pawlik critica la teoría de la acción final de Welzel indicando que el actuar se describe de manera incompleta como actividad humana final, como realización de lo previamente establecido. En cambio, siguiendo la metodología hegeliana de determinación del concepto, las decisiones de actuar se caracterizan por aquello que hace positivamente y excluye quien actúa. El aspecto negativo del querer dentro del concepto de acción humana, resalta Pawlik, está infravalorado por la filosofía de la acción y la teoría jurídico penal de la acción. En efecto, un presupuesto de la idea de acción de Hegel era que ningún objeto -en sentido amplio- es a partir de sí mismo el objeto que es, sino que lo determinado es un concepto relacional del objeto con los otros. Este es el “*ser en el mundo*”, caracterizado por la negación necesaria (determinación) de la indeterminación del ser puro. El concepto de negación es ontológico. El pensamiento tiene un contenido determinado y el mundo está configurado de manera determinada. Por eso, el pensamiento es finito, contiene en sí una negación y su esencia se basa en la negación. Lo que se concreta de idea a realidad (los conceptos, los hechos, las cualidades, etc.) se diferencia de otra, la excluye y surge determinada. El *ser en el mundo* es un ser determinado por la forma especial de negación, por *ser de otro modo*. En efecto, todo objeto puede existir bajo una determinada descripción en un campo de sentido concreto, fuera de éste es inexistente. Para Hegel, el acto de negación es constitutivo de los juicios y los actos de voluntad humana. El hablante con su actividad conceptual determina qué pertenece al grupo y

⁷⁷ Conf. Pawlik, *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 25-27. Jakobs, valiéndose de Hegel, puntualiza que la obligación jurídica no es un concepto del espíritu subjetivo, sino del espíritu objetivo, que no puede deducirse del contrato, sino de cuando a una persona se le impone un cometido en interés de lo general conforme al entendimiento general. Dicho entendimiento no puede ser sustituido por la coacción, sino que -en la visión que asume- la economía de mercado genera personas y deberes orientados a la maximización de los beneficios. En ese contexto -apunta- el desempleo en personas jóvenes la niega personalidad, genera exclusión individual y la actuación como mera individualidad de quien se vale del ordenamiento jurídico y lo quebranta cuando el comportamiento infractor promete mayores beneficios (conf. Jakobs, G., *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, en *Moderna dogmática penal*. Estudios compilados, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 661-690).

⁷⁸ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 31 y 35.

qué hay que distinguir, excluyéndolo. Las opciones de conducta se presentan a la persona desde la moral y el derecho. Ella debe distinguir y escoger. Por esto otro presupuesto de la acción, que identifica Pawlik, es que la persona conduce su vida. Todo es producto de una decisión que debe tomar, por la que debe responder⁷⁹.

El querer determinante de la acción constituye una forma especial de pensamiento, diferenciada por una estructura compleja en la autorreferencialidad negativa. La libertad de actuación se traduce en *querer es escoger*. Las alternativas que han quedado sin realizar contribuyen a completar la comprensión de la decisión de acción, su interpretación y valoración como autolimitación de quien actúa. La autodeterminación y autolimitación en el actuar, sostenía Hegel, lleva -implícitamente- la autolimitación en el conocimiento de otras posibilidades. La capacidad de reflexionar (de descartar conscientemente alternativas) es condición esencial de la libertad de voluntad. Pawlik se vale de la concepción de la negación concreta de Hegel, para afirmar que actuar en cuanto autorrealización es autonegación⁸⁰.

Ahora bien, Pawlik delimita que quien actúa se dispone a expresar su intención en un hecho público, como tal cuestionable, perdiendo su pretensión de tener únicamente el poder de disposición sobre el significado. En efecto, dentro de su autonomía privada puede interpretar la situación subjetivamente (autocomprensión individual), pero en público, a los fines subjetivos, se transforma al actuar en lo que Hegel denominaba *ser para otro*. En este punto, Pawlik refuta que el contenido de significado jurídico penalmente relevante de una acción se rijan *ex ante* por la intención (finalismo de Welzel). Asume que lo relevante no es la finalidad subjetiva, sino la finalidad objetiva, la intención objetivada (Hegel), con el contenido de significado del hecho que se estipula en el seno de la comunidad social concreta en que la acción es realizada⁸¹.

El *tercer eje* de Pawlik sobre los presupuestos de la acción es la decisión de voluntad como pretensión de adecuación y de generalidad. La acción siempre contiene referencia a normas generales de adecuación, expuestas a interpretación y valoración. La acción siempre tiene relación con la ley como expresión de sentido jurídicamente relevante. La decisión de voluntad marca la forma de proceder correctamente desde la perspectiva de quien actúa. Según Hegel, en la medida que la persona actúa modifica el *ser en el mundo* porque vincula a su

⁷⁹ En las sociedades jerarquizadas la pertenencia al estrato opera multifuncionalmente agrupando beneficios o perjuicios en los ámbitos funcionales de la sociedad. En las *sociedades funcionalmente diferenciadas* quienes participan en la vida social tienen acceso a todas las funciones, salvo que esta lo excluya o carezca de sentido. La persona debe insertarse, debe actuar según su individualidad, contingente y selectivamente debe coordinar e integrar. En esta última, el individuo se transforma en sujeto de su propia vida. Cada ser humano es digno de ser respetado/a en la conducción de su vida libremente responsable (conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 34-36).

⁸⁰ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 21-24.

⁸¹ Ídem, pp. 19 y 24-25. A mi entender, con esta idea expone la diferenciación entre los ámbitos de heteroadministración de la moral y el derecho, lo público y lo privado. En lo privado (la moral) existiría control de la persona, con la limitación -según Pawlik- del deber de utilizar un lenguaje comprensible para terceros en su fundamentación, mientras que en el ámbito público se encuentra demarcado (el derecho), por el deber de conducta que deriva de la ley penal.

autodeterminación (su acción) una pretensión específica de adecuación y, derivadamente, de generalidad. Desde la perspectiva de los demás, se presenta como toma de posición pública frente al merecimiento de seguimiento de la ley, imputable a quien lo lleva a cabo. Pawlik afirma que quien actúa manifiesta cómo evalúa el valor de las posibilidades de conducta que entran en consideración mediante la finalidad objetiva de su hacer, expresando que determinada variante merece prioridad frente a otra. La autodeterminación es la negación de otras alternativas de orientación, que comunica en su actuar práctico a quien se le reconoce libertad de voluntad⁸².

También en el planteamiento de Pawlik se hace presente el concepto de realidad de Hegel, que depende de nuestro lenguaje. Aquel concepto está condicionado por los campos de sentido, de los cuales aparecen los objetos. La determinación solamente la puede realizar un ser capaz de juicio. La acción, objeto de nuestras prácticas discursivas, contiene significado en el espacio público, puede ser cuestionada en su corrección por el modo de aproximarse. El actuar humano es la participación de una forma de praxis común que contiene la praxis del juicio normativo de control de la participación correcta a través de esquemas de valoración que están socialmente disponibles. La norma penal es uno de estos. Una acción es una disposición con significado relativo a cada esquema de descripción lingüística (de interpretación). El principio ontológico de las acciones se delimita -para Pawlik- por un determinado campo de sentido específico, genuinamente cultural, que en el ámbito penal está construido normativamente sobre el valor de posibilidades de conducta concurrentes. En esta medida, los modelos naturalísticos de atribución de sentido dejan de lado a la acción como toma de posición comunicativa⁸³.

El cuarto eje de análisis de la acción radica es que los campos de sentido originan tantas descripciones de acción como diversas acciones con atribución de sentido. A finales del siglo XIX, el cambio de la teoría de la pena desde la retribución racional (Hegel y Kant) al aseguramiento ante peligros transformó la doctrina de la acción: de un comportamiento imputable a un *acto voluntario peligroso* para intereses⁸⁴. Pawlik refuta que el concepto ontologicista de acción esté por sobre el concepto filosófico y jurídico-penal. En efecto, la ontología hegeliana pretende reconocer en la acción un carácter genuinamente social de las categorías jurídico-penales de atribución de sentido, precisadas en la antijuridicidad y la culpabilidad, evitando un constructivismo ontológico que se pierda en autorreferencias, o refiera a la realidad no fundadamente. Según Pawlik, la concepción hegeliana de la acción derrumba la oposición entre *ontologicismo* (finalismo) y *normativismo* (concepto neoclásico

⁸² Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), p. 26.

⁸³ Ídem, pp. 28-29.

⁸⁴ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 158 nm. 4.

del injusto objetivo-social) porque que afinsa en la ley penal el esquema de valoración relevante para el Derecho penal. Una acción en sentido jurídico-penal significa tomar posición respecto a la obligación que surge de la norma penal aplicable, aceptándola o rechazándola⁸⁵.

Pawlik pretende con la dogmática penal de la acción superar el causalismo de Radbruch y el finalismo de Welzel (actividad influida por la voluntad natural), apelando al andamiaje filosófico de la ontología hegeliana. Mediante un concepto inclusivo de acción define que el autor o la autora del delito actúa antijurídica y culpablemente tomando posición de la obligación que le concierne⁸⁶. En efecto, la *acción conforme al ordenamiento jurídico* debe su hábito a la estabilidad de este para interpretar sus manifestaciones como tomas de *posición a su favor*. El *injusto jurídico-penalmente relevante*, en cambio, es una toma de *posición de rechazo*. La persona se opone al ordenamiento vigente con una contra-norma. Con su conducta comunica la realización de un programa normativo, expresando atribución prioritaria frente a la norma del Derecho. Su actuar racionalmente se interpreta como rebelión contra el orden vigente. Esto justifica hacerle jurídico-penalmente responsable por el actuar criminal interpretado como toma cualificada de posición. Por ejemplo, el ladrón, en tanto persona racional y socializada, debería saber que es jurídicamente inadmisibles atacar la propiedad de otra persona; su actuar aparece como una toma de posición entre dos opciones de conducta valoradas por el Derecho penal: una conforme y otra contraria a la norma. Para la teoría jurídico de la imputación la persona es un individuo, con determinadas capacidades que debe emplear en la medida normativamente exigida para la situación específica⁸⁷.

Se objeta que la persona no pretende anunciar un nuevo principio mediante su injusto, sino que quebranta en su provecho un principio cuyo mantenimiento le resulta conveniente. Pawlik replica que toda acción contiene una afirmación general sobre el objeto, en el caso del ladrón el tratamiento de la víctima como algo general. El estatus del ser humano en derecho (ser persona) implica el respeto a sus derechos. Lesionar las posiciones jurídicas de otro/a significa atacarle como persona. El supuesto ladrón manifiesta que su víctima es un recurso para satisfacer sus deseos, no una persona. Se atribuye a sí mismo el poder de decisión sobre cuándo otros/as seres humanos/as merecen ser tratados/as como persona (siempre) y cuándo como cosas (nunca, núcleo del injusto penal). Cuando no está permitido el agravio que irroga el o la autor/a, sólo con pena puede compensarse la conducta de una norma que valora positivamente el trato de seres humanos como cosas. Dado el concepto de negación, la persona con el delito, a la vez, expresa una norma divergente (negativa) frente al precepto penal que

⁸⁵ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 30-31.

⁸⁶ Ídem, pp. 35-36.

⁸⁷ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), p. 46; *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 41-42.

prohíbe comportarse de esa manera. Negar obediencia al ordenamiento jurídico-penal significa su lesión en general y oponer una contra-norma⁸⁸.

IV.3.b.2. El injusto penal como actuar con sentido comunicativo en infracción a los deberes de colaboración para el mantenimiento de la libertad.

Se pregunta Pawlik si la concepción del injusto criminal como negación dirigida al orden normativo vigente expresa la actual autoconcepción cultural o, al contrario, se reduce a la concepción de Binding de la desobediencia contra la voluntad de la autoridad, irremediamente atrapada en la concepción de un Estado autoritario, adecuado a otros tiempos, pero modernamente contrario a un sentimiento general individualista y crítico de lo institucional. En el fondo, se indaga para qué sirve la categoría del injusto con el Derecho penal del o de la ciudadano/a.

En efecto, el Estado debe garantizar la paz, la perspectiva de poder vivir seguro en un estado civil, liberando a las personas de la coerción de calcular permanentemente los riesgos existenciales de su conducta. El Estado fracasará si cognitivamente está en duda el deber de obediencia. Este deber está vinculado a la constitución democrática del Estado, pero primariamente a su estatalidad. La idea de Pawlik es que el ordenamiento jurídico debe tener fuerza configuradora de la realidad, sustituyendo la guerra por un orden que asegure la vida de todos y todas. La idea de la libertad personal que legitima al Estado está en la obligación del ordenamiento jurídico de imponer el dominio de la normalidad como condición y expectativa para la personalidad individual⁸⁹. Aporta un estándar sobre la normalidad:

“[...] solamente impera cuando los presupuestos de la felicidad humana y del éxito, del desarrollo personal propio y de la autorrealización ética se han convertido en una obviedad inadvertida, cuando se ha expulsado a la violencia del espacio interpersonal, cuando existe confianza en el futuro, cuando las

⁸⁸ La intensidad de la pena (proporcionalidad) está ligada a la extensión del cuestionamiento del orden de libertad existente, según la posición de la víctima concreta (libertad acaecida) y la situación social en que se delinque (significado de la acción). No es lo mismo un hurto en una sociedad de la escasez que en otra próspera. En la proporcionalidad influye la praxis judicial. Por ejemplo, si la cantidad general de hechos va en aumento y la resolución de casos es mínima, una persona detenida puede recibir una pena relativamente alta (la intimidación fracasa cuando la cárcel ofrece mejores condiciones que en libertad). Asimismo, incide el perfil del autor o de la autora del hecho, sus condiciones de vida y alternativas. A pesar de esto, Pawlik sostiene que lo relevante es el hecho concreto, la infracción del deber de cooperación por la conducta contraria al tipo, no lo que le ha ocurrido a la persona antes del delito. Los antecedentes penales y la reincidencia suponen connotaciones propias del Derecho penal de autor, aunque desempeñan un papel en la pena por las advertencias previas que ha recibido, que con el hecho volvió a ignorar (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 59, 72-73 y 78-79).

⁸⁹ Ídem, pp. 39-40.

expectativas alcanzan una estabilidad que rige el actuar, cuando impera la fiabilidad recíproca [...]”⁹⁰, algo que parece una utopía en sociedades desiguales⁹¹.

La realidad configurada debe ofrecer la seguridad al o a la ciudadano/a de poder disfrutar de su posición jurídica, que sus derechos serán respetados por sus conciudadanos/as. Por esta razón, las normas del Derecho requieren cimentación cognitiva⁹².

Ahora bien, un estado real de libertades surge por el entendimiento que la conservación del ordenamiento jurídico no puede realizarse exclusivamente por una red de autoridades estatales que neutralicen las inclinaciones egoístas de los seres humanos. La garantía de juridicidad (Kant) sería un sistema de vigilancia total instaurado mediante un aparato coactivo amplio, que deja de lado la norma como modelo de motivación, lo cual destrozaría la libertad ciudadana, dando paso a una moralidad estatal que desbordaría las capacidades de organización del Estado. Lo convertiría en un Estado totalitario. Al contrario, según Pawlik, la retirada de instancias externas de disciplina se compensa mediante autodisciplina fiable de los y las ciudadanos/as. Un Estado orientado a la libertad se caracteriza por el sometimiento de cada uno y una al Derecho mediante el libre albedrío, independientemente de su motivación, cuya generalización muestra a las acciones antijurídicas como fenómeno aislado. La responsabilidad ciudadana se restringe al cumplimiento externo de las tareas concretas según sus roles sociales. El cumplimiento de la norma es el núcleo de la responsabilidad como co-portador/a del estado jurídico existente. La persona fiel al Derecho cumple y sigue la norma, contribuyendo al desarrollo del orden jurídico en la vida social. Es un ser co-responsable del estado jurídico existente⁹³.

El infractor de la ley, opuestamente, declama según su discreción las condiciones y la extensión de su fidelidad al Derecho. De modo que Pawlik otorga una definición de *injusto criminal* como equivalente al injusto del o de la ciudadano/a:

⁹⁰ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), p. 41. También refiere a la estatalidad como forma de organización de la normatividad, del Derecho que adquiere y mantiene su poder conformador de la realidad. La libertad convertida en realidad de un mundo (conf. *Confirmación de la norma...* (2019), p. 44).

⁹¹ Pawlik reflexiona: “[...] Sin un poder de acción y control sobre la propia existencia [...] y sin olvidar una cierta garantía básica económica, los derechos civiles y políticos clásicos [...] no pueden alcanzar el significado que aquellos poseen según la representación del liberalismo para la configuración de una conducción autónoma de la vida y la propia conformación de valores [...]” (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 93-93 y nota 34 al pie).

⁹² Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 41-42. El concepto de *cimentación cognitiva* es abordado implícitamente, en otra de sus obras, donde sostiene que la observancia del derecho y su cumplimiento cotidiano refleja la vigencia de las leyes, significando que la norma regula y determina las acciones de las personas, como ejemplo de lo general según afirmaba Hegel (conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 46-47 y notas 171-172 al pie).

⁹³ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 45-46, notas 162 y 164-165 al pie. En otra de sus obras, Pawlik aclara sobre los costes del mantenimiento del estado de libertades, afirmando que al o la ciudadano/a no le concierne una responsabilidad directa por el bien común estatal, pero sí por las tareas concretas de sus roles sociales. Advierte que, en los delitos tradicionales, el contorno de lo nuclear es históricamente difuso, cuya concreción es tarea de la ciencia jurídico-penal para determinar qué deberes de cooperación son legítimos (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 43-44 y notas 59-60 al pie, pp. 75-76 y 134-135).

“[...] al comportamiento de aquel/lla autor/a que ejecuta una norma que le favorece unilateralmente y discrepa del orden de normas de conducta jurídico-penales, contraviniendo su obligación de cooperar al mantenimiento del estado jurídico existente y quebrantando su rol como representante de la comunidad [...]”.⁹⁴

En la conceptualización del injusto, Pawlik aborda la problemática de la legitimación del deber de cooperación que sirve al concepto de delito. En efecto, no reduce al ciudadano y a la ciudadana al estatus de funcionarios/as de una generalidad abstracta, que podría presumirse por su recurso a las ideas de Hegel, tildado como idólatra del Estado⁹⁵. Sin embargo, reviste importancia la implicancia de la teoría de la acción en el concepto de actuar con sentido penal. La concepción de un orden de la libertad como autodeterminación encaja en una comunidad política de seres que actúan. Actuar significa tomar posición sobre alternativas normativas en forma competente (justificable); en derecho es reconocer a la persona como agente, a quien se le transmite institucionalmente el contenido de su toma de posición *in praxi* mediante la imputación del injusto criminal para cuando su posición contradiga las normas jurídicas vigentes y presente diferencias prácticas relevantes con otras dentro de lo jurídicamente permitido. Según Pawlik, el deber de cooperación garantiza un estado de libertades y el Derecho penal que cada uno/a pueda conducir su vida según su propio punto de vista. La vinculación entre los deberes de cooperación y la libertad justifica la pretensión de vigencia de aquel. En un Estado racionalmente estructurado todas las leyes e instituciones son una realización de la libertad según determinaciones esenciales, donde el derecho de la personalidad se realiza y el Derecho se configura como un orden de existencia (un poder), que domina la voluntad individual. En tanto el o la ciudadano/a particular cumple con su deber de cooperación presta su aportación a la organización del concepto de libertad. Pero quien lo lesiona, lo ataca. El deber de cooperación reforzado con pena se legitima en la libertad, adquiriendo valor real estable cuando el ordenamiento es capaz de imponerse⁹⁶.

⁹⁴ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 47-48. El reconocimiento de la corresponsabilidad es un mandato de *fairness* a quien quiere hacer uso de las libertades del orden del estado de derecho. Coloquialmente, citando a Kant, el delito pone en peligro a la comunidad y no solo a una única persona (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 43-45).

⁹⁵ Pawlik plantea reparos al expresar que su planteamiento realiza una inversión de la lógica hegeliana por emplear una estrategia de fundamentación filosófico-trascendental al partir del sujeto práctico individual (teoría de la acción). Primero intenta averiguar las condiciones de posibilidad bajo las cuales la libertad -luego- se cristaliza en un estado de libertades concretas-reales. El deber de cooperación aparece como condición necesaria para que ciudadanos/as individuales disfruten de sus derechos. Admite que su fundamentación contiene rasgos kantianos, pero se distancia de la idea de que la seguridad se puede garantizar solamente mediante una adecuada infraestructura institucional (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 49-50 y 75). Asimismo, Pawlik -con remisión a Hälschner, a Köstlin- llama la atención sobre la *equivoca radicalización* que llevan a cabo los discípulos penalistas de Hegel al afirmar que solamente el Estado [es] el sujeto del Derecho contra el que se comete en verdad el delito, mientras que los y las demás en Derecho dañados/as en sus derechos y bienes jurídicos son un medio para la comisión del delito (ídem, nota 83 al pie p. 49).

⁹⁶ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), p. 54; *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 45-46 y 49. La necesidad del Estado de imponer el cumplimiento de la ley vía castigo penal no es un deber, sino un *poder*. Según Pawlik, la limitación para prescindir de la pena está en la igualdad ciudadana, que es un problema jurídico-constitucional que no puede ser abordado directamente por las teorías de la pena. Además, reflexiona que el o la legislador/a, o el sistema del derecho, pueden incorporar

Ahora bien, cuando el deber de cooperación (primario) es infringido mediante el delito se contraviene el axioma de la juridicidad en Derecho: *hay libertad asegurada al precio del cumplimiento del deber*. Dado el delito, el deber primario se convierte en un *deber secundario de tolerancia*: el o la delincuente debe soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de cooperación. La pena se conforma como un acto de confirmación. A la persona le concierne una corresponsabilidad jurídica por el estado de libertades en el que vive y la pena confirma a su costa esta reciprocidad⁹⁷.

IV.3.b.3. La vulneración de competencias como núcleo de la infracción del deber. El alcance de las incumbencias.

El concepto de estado de libertades engloba la libertad negativa garantizada a cada persona de protección frente a los demás de su propio derecho y la libertad positiva del derecho a participar como ciudadano/a del estado. Aquí se entremezclan una abstracción universalista y una concreción del ordenamiento jurídico-positivo. Si el Estado no puede garantizar estas dimensiones tampoco puede imponer deberes de cooperación⁹⁸. Ahora bien, una regulación jurídico-penal convincente del injusto criminal ha de tomar en consideración las pretensiones de libertad de los y las afectados/as, que incluye al o a la potencial dañado/a y a las personas cuyas opciones de actuación se limitan por la prohibición⁹⁹. Para esto Pawlik erige la noción de *competencia*, que determina en qué condiciones alguien es competente por la conservación de intereses de otra persona y el comportamiento es imputable como infracción del deber de cooperación, independientemente de los criterios sobre el contenido del deber. Al respecto, Pawlik propone elevar la teoría de las posiciones de garantes a una teoría general de las competencias, ajustándose a la validez temporal de un ordenamiento jurídico-penal determinado. En efecto, la constrictión de los deberes de garante en los delitos omisivos impropios es una incorrecta formulación derivada de la teoría de los deberes y la teoría del

cuestiones preventivas de forma indirecta, no por sí como lo hace Roxin (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 59-60).

⁹⁷ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 56-58.

⁹⁸ Pawlik separa las condiciones de legitimación de los requisitos de la pretensión de obediencia al Estado. Para legitimar el Estado, Kant tomó el contrato social como idea regulativa, desvinculada de la pretensión de obediencia. El problema está en los estados de injusto cuyo ordenamiento jurídico de forma deficiente posibilita que las personas hagan valer sus derechos y en otros ámbitos directamente excluye grandes sectores de la población, cuestionando la personalidad misma en Derecho. En estos casos Pawlik reclama prudencia en el juez (ídem, pp. 65-67).

⁹⁹ Nótese la similitud con el planteamiento de Robles Planas. Para mayores referencias, véase el Capítulo III apartado 5.d. (pp. 52-60) y el Capítulo IV apartado 3.a. (pp. 78-81).

Estado, que sólo distingue entre deberes negativos y positivos, regulando jurídico-penalmente de forma especial los deberes positivos¹⁰⁰. Apartándose de esta distinción, Pawlik plantea dos tipos básicos de competencias jurídico-penales: *de respeto* y *de fomento*. Ambas tipologías fundamentan la función del Derecho penal para posibilitar dirigir la vida de cada uno y una según su propio parecer en un estado real de libertades¹⁰¹.

El contenido objetivo del deber de cooperación se conforma con las competencias reguladas en los tipos de la Parte especial. Sin embargo, reducir hacia los delitos de omisión impropia el análisis sobre las condiciones en que alguien es garante por el interés de otra persona subestima el potencial de rendimiento. El planteamiento de Pawlik amplía el espectro hacia los delitos comisivos, resaltando la identidad de las estructuras normativas entre la competencia del o de la autor/a y del o de la lesionado/a por la pérdida acaecida. Tradicionalmente se trataba entre el tipo y las causas de justificación, distinción que deviene sistemáticamente irrelevante ante un concepto de competencia. En efecto, la tipicidad y la justificación son componentes parciales de las competencias. Estas conforman una unidad axiológica. La conveniencia de indagar la competencia de partida del o de la autor/a mediante el tipo delictivo aplicable y, luego, analizar la competencia preferente del o de la lesionado/a es una cuestión de imputación objetiva, una convención de criterios y un juicio de carácter preliminar, ya que el tratamiento parcial de las competencias en la tipicidad alcanza posteriormente su concepción completa en la antijuridicidad. La distinción entre tipo y antijuridicidad -a criterio de Pawlik- termina siendo una cuestión metodológica de un saber práctico, sin consecuencias sistemáticas para la teoría del delito. Ahora bien, axiológicamente por encima de las competencias habría *una supra-categoría general*, que es *evitar comportamientos contrarios a la competencia*. Esta no deriva grados de gravedad en la infracción de cada competencia, pero sí admite una graduación en el ámbito de la determinación de la pena, con recursos conceptuales de filosofía moral. La idea subyacente es refinar sistemáticamente los requisitos de la punibilidad¹⁰².

¹⁰⁰ Es una distinción formal que nada dice sobre la gravedad de la vulneración del deber. En el fondo la cuestión es qué puede exigir el Estado a sus ciudadanos/as. Pawlik compara la actualidad de Estados democráticos bajo el sinalagma de la igualdad, que rechaza la idea de Estado paternalista e invasivo de la esfera privada con el modelo de Estado absolutista del siglo XVIII, que era competente por sus súbditos. Con base en esto, señala que históricamente el avance de la libertad estuvo en la distinción formal y la limitación del Estado a sancionar únicamente deberes negativos (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 158-160 y 163-164).

¹⁰¹ Conf. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 10; *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 81 y ss.

¹⁰² Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 84-85, 105-106, 158-160 y 163-164. Silva Sánchez interpreta que la teoría de las competencias constituye una sistematización de problemas de tipicidad y antijuridicidad desde la perspectiva de la infracción del deber. Quien infringe la competencia actúa objetivamente de manera típica y no justificada, pero para lesionar el deber deben concurrir los presupuestos de la imputación personal subjetiva. Pawlik reconoce que el concepto de norma que maneja requiere capacidad en el o la destinatario/a de dar cumplimiento a lo prescrito, por lo que el deber sólo se dirige a un o una imputable (destinatario/a de la obligación), que reúne las condiciones para la imputación (ídem, pp. 112-114).

IV.3.b.3.1. Las competencias de respeto. Generalidades.

El Derecho penal -según Pawlik- posibilita que los y las ciudadanos/as conduzcan su vida por su propio parecer, confiando que la integridad de su esfera jurídica será respetada. Las competencias de respeto son una expectativa básica jurídico-penal de comportamiento interpersonal que obliga a respetar la esfera jurídica ajena, absteniéndose de toda injerencia, generando una *co-humanidad negativa*. Cada uno/a debe asumir la extensión o limitación responsable de sus propias posibilidades de acción, como reflejo -según Pawlik, con matices- de las posiciones de garantía de vigilancia de la doctrina dominante. Estos deberes son *conditio sine qua non* de la libertad personal. Primariamente la expectativa de no injerencia en las esferas jurídicas ajenas es la contracara de la libertad personal de organización. A esto se suman los *mandatos de neutralización o de salvamento*, cuya obligación exige una prestación positiva normativamente fundada en los derechos de defensa de la víctima, que otorga contenido al mandato de respeto. Entre las fuentes de los deberes de neutralización, como la mayoría de la doctrina, Pawlik identifica a la injerencia, los deberes del tráfico y la asunción efectiva¹⁰³.

La *injerencia* es la fuente de peligro de un comportamiento no permitido dentro del espacio de libertad personal. Su objeto es la creación de un peligro cualificado conforme a Derecho, en el radio de acción de la competencia. La obligación por *deberes del tráfico* surge de peligros originados conforme a Derecho, tanto por el comportamiento como por las cosas bajo la propia esfera de organización. Detrás de esta obligación subyace un deber de control que retrocede al estadio previo de la situación de riesgo, por la garantía del uso y disfrute del poder jurídico de exclusión de terceras personas. Ellas deben confiar en el control de la persona de su esfera jurídica. Aquella debe una expectativa de seguridad que defrauda cuando se produce un peligro evitable. Se mantiene el mandato mientras fácticamente el autor o la autora con las acciones de salvamento necesarias pueda interrumpir el curso lesivo iniciado¹⁰⁴. Por otra parte, la *asunción efectiva* surge cuando la persona ha incorporado la gestión de intereses ajenos a su propia actividad. El deber de neutralización compensa un déficit de protección en la integridad de los bienes de la persona asegurada, imputable por la confianza generada por la asunción¹⁰⁵. Entonces, señala Pawlik que el deber primario de no lesionar se convierte en un

¹⁰³ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 85-88; *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016), p. 10.

¹⁰⁴ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 89-91.

¹⁰⁵ La prohibición de autocontradicción con el comportamiento anterior es un imperativo categórico para Kant, por la moralidad individual. Según Hegel, en cambio, el deber de cumplir la voluntad declarada es el precio de la libertad reconocida en una organización jurídica garantizada, no por razones morales individuales.

mandato de evitar con base en la prohibición de un comportamiento auto-contradictorio que grava al o a la garante para posibilitar la cooperación y disminuir la inseguridad en las relaciones sociales¹⁰⁶.

IV.3.b.3.2. Las competencias de fomento. Perspectivas.

El Derecho penal puede exigir -en limitada medida- prestaciones adicionales de contribuir a la salvaguarda de la capacidad de funcionamiento del Estado y garantizar las condiciones reales básicas de la existencia personal. Los deberes de respeto cubren mínimamente estos presupuestos. En cambio, las competencias de fomento establecen condiciones marco supra-personales e infraestructurales que exigen a la persona competente la ampliación y mejora de un estatus jurídico preexistente. En la filosofía de Kant existe un estado de naturaleza, de Derecho privado puro, lo tuyo y lo mío (caracterizado como no jurídico), que las personas están obligadas a abandonar para ingresar a un estado en el que cada cual tiene determinado legalmente un poder exterior suficiente que atribuye lo que debe ser reconocido como suyo. El estado civil representa seguridad para la configuración vital acorde a los propios planes. El verdadero contenido del deber fundamental del y de la ciudadano/a es cooperar en la producción y mantenimiento de un estado real de libertades. Ahora bien, según Pawlik, los deberes jurídicos positivos son legítimos si se vinculan a un acto de voluntad del o la obligado/a que fundamenta la competencia. Reflexiona que la voluntariedad en la elección del rol social reduce costes, a la vez que compatibiliza el individualismo moral de Kant, y es coherente con la concepción de persona que vive y actúa de manera autodeterminada, según sus convicciones y fines, soportando las consecuencias del rol asumido¹⁰⁷. Son competencias ampliadas -asumidas voluntariamente- las correspondientes al funcionario público, a el matrimonio, a la comunidad de peligros y a la relación paterno-filial.

¹⁰⁶ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 92-93. Observa Silva Sánchez que la asunción efectiva y la injerencia son casos similares, cuya infracción merece la misma pena, siendo su graduación un problema material (axiológico) del comportamiento, no de determinación de la pena. Por otra parte, repara Ivó Coca por qué la injerencia no plenamente responsable (estado de necesidad defensivo) genera un deber de la misma intensidad que un actuar precedente plenamente responsable (legítima defensa), si en el primero no se produce de modo totalmente responsable porque se trata de un *quasi-agresor* con una competencia de peso normativo inferior a quien actúa de modo precedentemente responsable. Para Pawlik, la solución debe operar bajo los principios generales de la imputación. Hay que determinar qué clase de competencias son idóneas para legitimar la imposición de una pena a quien las quebranta (un umbral mínimo). Luego, la medida de la lesión del deber se determina por la clase de posición de garantía y las condiciones de contexto. Por ejemplo, es más intensa la obligación de salvamento tras un hacer contrario a deber que un actuar precedente conforme a Derecho. Entre estado de necesidad defensivo y legítima defensa habría una diferencia cuantitativa de pena. Por el contrario, Silva Sánchez advierte que en la tipicidad no existiría la posibilidad de distinguir entre clases de deberes tras un actuar precedente, por lo que la tripartición entre legítima defensa, estado de necesidad defensivo y agresivo no reflejaría una gradación de los deberes, sino solo la determinación de la pena por su infracción (ídem, pp. 115-118).

¹⁰⁷ Ídem, pp. 93-98.

En efecto, las *competencias del funcionario público* se orientan a la cooperación en las tareas estatales nucleares de previsión de asistencia existencial cuando la organización estatal asume un poder jurídico especial sobre la persona (relación de derecho especial). Por ejemplo, el juez y los funcionarios encargados de la custodia deben protección y satisfacción de las necesidades básicas de una persona detenida, mientras esté sometida a la medida de coerción. También existen otros deberes que no se encuentran bajo una relación especial con el Estado, como el mantenimiento del orden. Por ejemplo, las personas que son funcionarias policiales deben custodiar a la población y evitar la comisión de delitos, su omisión se sanciona penalmente¹⁰⁸, igual que una médica en un hospital público que rehúse atender a quien se encuentre gravemente herido. La organización estatal representa el abandono de alternativas de protección por los y las ciudadanos/as sometidos/as al ordenamiento jurídico en su relación general con el Estado. En cuanto al funcionario público, son irrelevantes las condiciones aleatorias en que se encuentre al momento del ejercicio de su deber puesto que ha reducido o desactivado otros tipos de protección por la ciudadanía. En cambio, la *comunidad de peligros* o el *matrimonio* representarían la promesa recíproca de apoyarse frente a peligros graves o un acto de confianza recíproca estructuralmente similar a la de un seguro. La prestación de la ayuda aparece indeterminada entre quienes participan, que son -a la vez- recíprocamente beneficiarios/as y obligados/as. El acuerdo de auxilio mejora el nivel de seguridad existente. Se diferencian de la *asunción efectiva*, la *relación paterno-filial* o los *funcionarios públicos* porque los roles entre el garante y el o la necesitado/a están determinados desde un principio. No obstante, en la comunidad de peligros, en el matrimonio y como en la relación paterno-filial el Estado se coloca al margen, respetando la autonomía de sus participantes¹⁰⁹.

Las competencias de fomento en la omisión de auxilio surgen cuando el o la obligado/a y necesitado/a se encuentran en el ámbito de validez del mismo ordenamiento jurídico, independientemente del comportamiento previo por el cual la persona obligada -con capacidad de prestación- debe conjurar la situación de necesidad de otra por corresponder a la misma comunidad en Derecho. Empero, la no prestación de la ayuda exigida genera un castigo aminorado. A la par se ubican deberes de tolerar injerencias de terceros, como en el estado de necesidad agresivo (justificante) que exige en quien no es responsable de la situación de peligro, ni garante de cuidado especial de otra persona, acepte la injerencia en su esfera jurídica. Estos deberes no responden a la idea de autodeterminación. Desde una comprensión meritocrática kantiana -argumenta Pawlik- la situación de necesidad no otorga a la persona necesitada

¹⁰⁸ Para profundizar sobre el alcance del funcionario policial como garante de impedir delitos, véase Pawlik en *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 182-205.

¹⁰⁹ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 98-101.

ninguna pretensión de ayuda, pero desde una visión ampliada la situación de necesidad es ajena y el riesgo de pérdida del bien afectaría inmerecidamente a esta persona. Por esto, Pawlik considera que es legítimo descargar el peligro hacia terceros/as en emergencias momentáneas, pero no en situaciones condicionadas por la estructura social, cuya producción de garantía corresponde al Estado¹¹⁰. Sin embargo, cuando la amenaza de pérdida es merecida existen problemas de legitimación. Por ejemplo, la víctima causó un vuelco con su automóvil de manera imprudente. Se podría justificar una segunda oportunidad para la víctima, un anticipo de confianza y la prestación de auxilio con la expectativa que a futuro no vuelva a ocurrir. Pawlik no pretende legitimar que la persona obligada sea delegada/representante del Estado, que es el principal competente por la conjura del peligro. Se podría pensar que el deber de socorro se fundamenta de modo *cuasi-institucional* porque la persona necesitada conservaría frente al Estado una pretensión de salvaguarda, cuya función de socorro gravaría a otra persona si el Estado no puede hacerlo. No obstante, Pawlik no comparte esta interpretación excesivamente positivista, a pesar del deber del Estado de prestar ayuda y que la extensión de la pretensión que el o la particular brinde a la comunidad está predeterminada por la legislación. Las pretensiones jurídicas sociales concretas tienen naturaleza contingente, por lo que es necesario recurrir a una argumentación meta-positivista¹¹¹.

IV.3.b.3.3. Los caracteres comunes de las competencias. Incumbencias y deber.

(A) *La consideración global de las posiciones jurídicas.* La fundamentación de las tipologías de competencias -esencialmente- se llevan a cabo desde el punto de vista del o la autor/a. El principio básico es responder penalmente por la infracción de deberes reconducibles

¹¹⁰ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 101-103. La *irresponsabilidad bilateral* por la situación de necesidad implica que el estatus de garante al ser *heteroimpuesto* es normativamente mitigado, conforme la idea generalizada de la persona vinculada por lo que libremente acepta y responde personalmente (ídem, pp. 110-112 y 116-117). Silva Sánchez analiza la posición de garante de protección positiva del Estado para con los miembros de la comunidad, afirmando que debe un mínimo de seguridad económica y de formación cultural. El Estado es el primariamente obligado y, en su defecto, las instituciones de la solidaridad mínima. Al respecto, enuncia seis grupos de personas diversamente vinculadas y protegidas por el Estado. El máximo de protección lo recibe el funcionario público, que participa en el proceso de deliberación democrática, que recibe razonable protección negativa y positiva y está vinculado al Estado por un nexo institucional, lo cual habilita un severo reproche penal (conf. Silva Sánchez, *Malum passionis* (2019), pp. 75 y ss.; Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 67-68). Ahora bien, según Pawlik la idea del deber de cooperación va de la mano del concepto de racionalidad, por la libertad de actuar y la responsabilidad por las consecuencias. Las diferencias repercutirían en la determinación de la pena en función de cuánto facilita la sociedad a cada cual un comportamiento fiel al Derecho (ídem, pp. 68-70).

¹¹¹ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 118-122. El penalista presenta el problema con las preconcepciones pre-jurídicas sobre lo jurídicamente obligatorio, el legislador decide si legitima un deber penal (ídem). Robles Planas replica que, bajo el concepto de *primado de las instituciones*, si el Estado decide no proporcionar un medicamento a la población y, por ejemplo, alguien precisa ese medicamento para salvar su vida, no podría robar de la farmacia. El estándar es que el o la necesitado/a puede asegurar la conjura del mal que amenaza en la medida que la prestación de salvaguarda hubiera sido primariamente proporcionada por el Estado. La extensión de los deberes de fomento o socorro dependen de lo *iuspositivamente* institucionalizado (ídem, p. 121).

al comportamiento que generan daños en las esferas jurídicas ajenas (principio de autorresponsabilidad). El límite estructural está en la imputación de ese menoscabo a la esfera de disposición del o de la lesionado/a, erigiéndose en competente sí controla el acontecer externo por el cual manifiesta su voluntad. En este ámbito encontramos la *autolesión responsable* y el *consentimiento*. Ahora bien, cuando el comportamiento provoca una injerencia en la esfera jurídica ajena, si su titular no está obligado a soportar tiene positivamente facultades de defensa para restablecer la situación conforme a Derecho. Quien reacciona es gestor/a de los intereses que incumbían a la persona lesionada. Se trata de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo que, a pesar de sus diferencias y limitaciones estructurales, muestran que la persona lesionada asume su responsabilidad por su dominio en la configuración de la situación¹¹².

(B) *Identidad de deber, pero diferenciación en la pena*. Pawlik no admite diferencias normativas entre las competencias, sino sólo para la determinación de la pena. Estas pueden concurrir entre sí, como observa Silva Sánchez, para graduar el peso normativo en situaciones de conflicto. Por ejemplo, la relación paterno-filial (competencia de fomento) no excluye un actuar precedente de padre a hijo. Esta relación de derecho especial comprende la prohibición de dañar dentro de la competencia de fomento. Pero los progenitores pueden comportarse de modo más grave si lesionan, a la vez, un deber de fomento y otro de respeto. Por ejemplo, pueden recibir un tratamiento penológico más gravoso por matar al hijo con una brutal paliza. Sobre la concurrencia de posiciones de competencia, Pawlik no admite que impliquen un tratamiento penológico especial, sino que estas son equivalentes aún en un conflicto de distinta clase. Por ejemplo, el guía de montaña debe optar por salvar a otro montañero que negligentemente puso en peligro (injerencia) o a su cliente en peligro por razones no imputables (asunción). El guía al cumplir uno de los deberes necesariamente infringirá una de las competencias. Razona Pawlik que, aunque una posición de competencia pesa más que la otra, no hay relevancia para jerarquizar los deberes en conflicto. Sostiene que deben aplicarse las reglas de la resolución del conflicto entre deberes equivalentes, por lo que la persona obligada debe escoger qué obligación cumplir, descontando la antijuridicidad por la insatisfacción de la

¹¹² Conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 103-104. En su planteamiento parece interconectarse la función estatal de garantía (lo institucional) y el pensamiento de la asunción. Sin embargo, no pretende una sumisión abstracta de la persona frente al Estado. Apunta a que la distinción entre deberes positivos y negativos guardaría relación con lo que otra persona necesita. Primero, que la dejen en paz (deberes negativos). Segundo, que se mejore su estatus mediante prestaciones (deberes positivos). La asunción efectiva está dentro de los deberes negativos como manifestación de la prohibición general de dañar porque contiene un riesgo libremente asumido para que otra persona se arriesgue en una situación determinada. En cambio, los deberes positivos son independientes de la situación con la víctima, porque la persona obligada se posiciona en representante del Estado para mejorar a la necesitada. ¿Por qué está gravada? En una sociedad individualista prima el consentimiento efectivamente prestado. Por eso la idea de asunción y de autonomía tienen un uso más extenso en las tipologías de fomento (ídem, pp. 108-110).

concurrente. No obstante, el caso del padre de excursión con su hijo, que debe salvar a quien puso en peligro por injerencia y a su hijo en una situación de necesidad, Pawlik admite que en nuestra cultura el padre debería escoger preferentemente a su hijo. Por ende, acepta ponderar entre las competencias, no sin reparar que en los supuestos límite predominan las intuiciones pre-jurídicas de cada intérprete, anulándose el margen de argumentación jurídica¹¹³.

(C) *La exigibilidad del desempeño de la competencia para la conformación del deber.* Las competencias permiten otorgar un contenido concreto al deber. Este es *¡omite el comportamiento contrario a la competencia!* Esta norma para la persona que actúa deviene en deber. ¿Cómo se determinan las condiciones para imputar la lesión (infracción) de dicha norma? La teoría del delito requiere de reglas complementarias que especifican en qué condiciones se imputa que determinado hecho lesionó la norma de conducta. Lo decisivo son consideraciones normativas, no de capacidad psíquica. Por ejemplo, la teoría del error interpretada psicologizantemente exigiría tener siempre presente el peligro de una evaluación errónea de las circunstancias fácticas o del alcance jurídico del comportamiento y el deber de evitar este con todos los medios disponibles, minimizando el ámbito del error invencible. En efecto, el error de prohibición podría ser siempre evitado informándose sobre las razones de no conformidad a Derecho del proyecto. Los errores sobre las circunstancias fácticas requerirían que la persona previamente investigue todos los posibles riesgos de una situación. Estas rígidas exigencias limitarían la libertad real disponible a estrechos procesos cotidianos comprobados. Se paralizaría la vida social. Este punto de vista no puede fundamentar sistemáticamente tales limitaciones, caso por caso, donde cualquier resultado constituye una infracción del deber. Siguiendo a Binding, la evitabilidad se debe determinar conforme a la exigencia jurídica del *poder*. En efecto, se debe compatibilizar un ordenamiento jurídico orientado a la libertad con un sistema de expectativas limitadas normativamente, precisándose el objeto del reproche al prescindir de las capacidades psíquicas. Por ejemplo, la idea de autoconservación humana impide procesar situaciones coactivas según la visión psicológica de la teoría clásica de la inexigibilidad, que fue superada en el siglo XIX por resultar empíricamente insostenible. Se puede superar el temor al propio daño con esfuerzo y motivación, sin llegar a requerir un estándar jurídico-penal de autodominio que exija un heroísmo moral. Excepcionalmente, cuando la institución lo determine, a la persona se le exigirá afrontar peligros existenciales en casos de necesidad. Por ejemplo, a policías, militares o bomberos/as. Salvo estas relaciones de

¹¹³ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 122-124 y 156-157. La teoría de la imputación solo puede acudir -según Pawlik- a la categoría de *conducta imputable evitable*, y de ahí trabajar en la diferenciación, como los casos de colisión de deberes. Silva Sánchez cataloga a la postura de Pawlik como *tendencialmente monolítica*, que en sede de imputación distingue entre reproche grave y menos grave y entre incumbencias de cuidado y de esfuerzo, etc. (ídem).

derecho especial, siempre las exigencias de cumplimiento del deber se morigeran. Cabe tener en cuenta que el baremo de la exigibilidad es funcional a la libertad concreta que encierra el rol de la persona afectada (destinataria de la norma), que con sus capacidades debe motivarse para cumplir con la norma para asegurar la estabilidad del orden de libertades¹¹⁴.

(D) *La evitabilidad y la exigibilidad son conceptos generales del comportamiento imputable como infracción de la competencia.* Un actuar contrario a la norma es imputable como lesión del deber si la persona hubiese evitado su conducta errónea si hubiera cumplido ordenadamente con la incumbencia de esforzarse por ser fiel al Derecho.

La exigibilidad es una cuestión de delimitación de los espacios de libertad: cuanta mayor exigibilidad, mayor inhibición deberá tener para introducirse en un determinado ámbito de actividad, mayor limitación *de facto* a la libertad de actuación. En el conflicto de libertades se debe asegurar un grado suficiente de actuación para todos/as. En una sociedad altamente individualizada, la auto-vinculación libre a una actividad escogida, por correspondencia, permite exigir más que cuando es forzoso. Por ejemplo, cada cual puede emprender un negocio, pero nadie puede evitar a diario tomar parte del tráfico viario, ya que la alternativa es quedarse en casa, perdiendo la interacción social, desdibujando la figura de ciudadano/a. En estos ámbitos inevitables existe una rebaja proporcional del nivel de exigibilidad¹¹⁵.

(E) *La exigibilidad procedimentalmente fundamentada desde la noción de incumbencia.* Detrás del estándar de exigibilidad, Pawlik ubica dos obligaciones procedimentales del comportamiento de la persona en Derecho, denominadas *incumbencias*, para demarcar lo imputable como infracción de deber. La inobservancia de estas no deviene inmediatamente en la imputación de la infracción del deber, puesto que no se tratan de mandatos independientes. Estas son la *incumbencia de cuidado o de examen* y la *incumbencia de esfuerzo*¹¹⁶.

¹¹⁴ Conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 125-130.

¹¹⁵ Parecería que en el planteamiento de Pawlik las exigencias del Derecho penal están presentes en todo momento para no desencadenar peligros de relevancia penal, aunque este argumente que cuando alguien inicia una actividad fuera del marco normal, asume riesgos, habría reglas jurídicas que fijarían el momento de inicio de la incumbencia, según la densidad regulatoria de cada Estado (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 152-154 y 161-163).

¹¹⁶ Dada su relación tangencial con el objeto de la investigación y con el modelo de norma de conducta vinculante para la persona que infringe con su comportamiento, tanto en el comienzo de la ejecución del delito, como al no desistir del injusto-penal, vale aclarar que el término *incumbencia* proviene de la traducción del vocablo alemán *obliegenheit*, que significa *carga u obligación*. El conjunto de estas conforma el plural *obliegenheiten*. Fundamentalmente el concepto de *obliegenheit* está orientado a su utilización en la atribución de responsabilidad penal por la provocación de defectos de imputación. Joachim Hruschka -en los años setenta- las introdujo para fundamentar la atribución extraordinaria por un resultado lesivo a quien padeció al momento del hecho algún defectos de imputación provocado que haría imposible un juicio de imputación ordinaria de la responsabilidad penal. Aquella imputación se construye con el incumplimiento de la *obliegenheit* de hacerse de los conocimientos jurídicos y fácticos y de conservar la capacidad de acción o de culpabilidad necesaria para evitar el resultado típico. También Jakobs la empleó para la evitabilidad del error de prohibición como obligación de procurarse información si no se obtuvo de la consulta de la primera fuente (ver Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 674 y ss., especialmente nm. 35 y 44). Luego extendió su uso a la participación, la responsabilidad por el resultado y las medidas de aseguramiento para delincuentes imputables peligrosos. Explica Montiel que en la ciencia jurídica alemana la *obliegenheit* denota una entidad deóntica consistente en un mandato o prohibición de comportamiento menos intenso que un deber, con la obligación de hacerse de la información necesaria para intervenir sin riesgos en las interacciones sociales. Implica una restricción para los y las destinatarios/as más débil que un deber de comportamiento (por ejemplo, no matar). La consecuencia jurídica por su infracción

(F) *La imputación de la evitabilidad con base en la dogmática de la imprudencia.* Pawlik equipara imprudencia y dolo. Expresa que en ambas subyace la infracción de un deber de esforzarse. La diferencia sería sólo estructural, porque mientras la persona imprudente no valora como debe ser (menosprecia) los intereses jurídicamente protegidos, el actuar doloso pretende subordinar la integridad del bien jurídico a sus propios intereses no reconocidos por el Derecho. La relación es de menor a mayor, siendo axiológicamente más grave el injusto doloso. El injusto doloso expresa -al decir de Pawlik- una actitud de *enemistad hacia el Derecho*, en tanto la imprudencia muestra una *falta de amistad ante la ley*. No obstante, los requisitos de la infracción de la norma de conducta y su evitabilidad rigen en igual medida en ambos. Al revés del finalismo, el actuar doloso se configura como un injusto imprudente cualificado¹¹⁷.

IV.3.b.3.3.a. Las incumbencias de cuidado o examen.

Binding postulaba la *prudencia en el examen* como presupuesto del obrar leal. En efecto, cada cual realiza la voluntad con contenido permitido (no prohibido) con un examen cuidadoso antes y durante el hecho para alcanzar claridad sobre el contenido jurídico de sus decisiones. La retirada de instancias de control y sanción estatales en la comunidad jurídica exige como

es menos significativa. Es decir, la lesión de la *obliegenheit* en sí misma no tiene el carácter de antijuridicidad de la lesión de deberes jurídicos. Sin embargo, para Montiel no existen diferencias. La lesión de las *obliegenheiten* caería dentro de las infracciones al *neminem leadere*, siendo supuestos de obligación frente a terceros, y solamente las *obliegenheiten* en *sentido estricto* (obligaciones frente a sí mismo/a) se reservarían para casos de medidas de autoprotección, de mantener la víctima indemne su esfera de libertad, cuya infracción conlleva la pérdida de la pretensión punitiva como ventaja jurídica. El resto de los casos se asemejan en sus consecuencias a la lesión de un deber jurídico. Por esto, Montiel prefiere distinguir entre deberes *principales* (en los tipos de la Parte especial) y *complementarios* (las *Obliegenheiten*), y dentro de estas últimas efectuar subclasificaciones (conf. Montiel, Juan P. (2014) (4), «¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?», *InDret Penal*). Otra opinión puede encontrarse en Sánchez-Ostiz. Para él, las incumbencias operan ante defectos de imputación ordinaria, implicando las condiciones que hacen responsable a la persona del defecto (imputación extraordinaria a la *Hruschka*). A su criterio, las incumbencias no operarían en la autopuesta en peligro de la víctima, que repercute indirectamente en la tipicidad del actuar y la responsabilidad del o de la autor/a que debe precisarse en el caso concreto. Por el contrario, entiende que la imputación extraordinaria por medio de las incumbencias serviría para resolver el *problema del deber en situación de defecto de imputación*. El contenido performativo de las incumbencias como imperativos hipotéticos aporta coherencia a las normas por la expectativa racional de que sus destinatarios/as harán lo suyo por hacérselos presentes, por conocerlas y tendrán conocimiento de los datos fácticos para la aplicación de la norma al caso concreto. La incumbencia sería una norma no explicitada, con un mensaje prescriptivo de mantenerse en condiciones de cumplir el deber derivado de la norma de conducta. Al respecto, Sánchez-Ostiz distingue tres niveles: (i) la *norma* en un plano abstracto (prohibitiva, prescriptiva o permisiva); (ii) el *deber* (prohibición / mandato) y la *permisión* (facultad) como regla de conducta de concreción para la acción, con sentido operativo o funcional; (iii) las *incumbencias* de conocer y de disposición como instrumentos de concreción de la norma en deber y de permisión paralelamente a la aplicación de la regla de conducta al caso (tipos comisivos, omisivos y causas de justificación resultantes de aplicar el deber y la permisión), y en plano diverso la operatividad de las reglas de imputación. Las incumbencias exigirían concretar la eficacia del contenido de la norma y las condiciones de aplicabilidad del deber sobre el o la destinatario/a. Las incumbencias de conocer evitan que la norma y los datos fácticos del mensaje imperativo resulten inoperantes, aportando un funtor deontico. Por eso, las incumbencias *preceden* al deber y *siguen* a la norma, a la que hacen operativa (conf. Sánchez-Ostiz, P. (2015) (1), *¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende*, *InDret Penal*). La variante expuesta por Sánchez-Ostiz sobre el ámbito de aplicabilidad de las incumbencias encuentra mayor acercamiento conceptual con el modelo de norma, injusto-penal y comportamiento imputable en la tentativa que se pretende exponer en el Capítulo V apartado 5, pp. 167-177, de esta investigación.

¹¹⁷ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 138-141. En igual sentido, Sánchez-Ostiz, *¿Incumbencias en Derecho Penal?* (2015).

contrapartida mayores deberes de autocontrol, puesto que un ordenamiento jurídico no lograría sobrevivir sin la disposición de sus integrantes a cumplir con el Derecho mediante la averiguación de su contenido, el conocimiento y percepción correcta de las circunstancias fácticas para evitar su lesión. Según Pawlik, la estabilidad del estado de libertades supone esto, considerando que el estándar de ciudadano/a no se acota a la gestión de actividades cotidianas conforme a Derecho (como podría ser en el planteamiento de Jakobs), sino que requiere permanente previsión para afrontar problemas. Esto no implica excluir todo riesgo exigiendo una carga de conocimientos jurídicos y fácticos desmedidos para mantener permanentemente el control. El mandato de omitir acciones contrarias a la competencia contiene una expectativa jurídica secundaria (una incumbencia): *poder cumplir el mandato de forma suficientemente fiable*. Pawlik lo expresa de este modo:

“[...] todo sujeto, antes de la asunción de una actividad que se halle unida a peligros extraordinarios y sometida precisamente por ello a regulaciones jurídicas especiales, debe examinar, con el cuidado esperable de un ciudadano fiel al Derecho, si es capaz de llevar a cabo la actividad en cuestión de forma conforme a Derecho [...]”¹¹⁸.

Las incumbencias constituyen una parte de los deberes que surgen de las normas. Su infracción es penalmente relevante cuando la conducta es objetivamente contraria a la competencia. Su efecto sistemático es bloquear la posibilidad de descargo por la percepción equivocada contraria a la competencia, a lo que se espera que conozca cualquier persona en su rol. Si hay infracción de una incumbencia de cuidado, la conducta contraria a la competencia se imputa como lesión del deber (mínima como imprudencia)¹¹⁹.

IV.3.b.3.3.b. Las incumbencias de esfuerzo.

La persona debe conocer las circunstancias fácticas y la conformidad de su conducta con el Derecho, pero también debe motivarse (esforzarse) a cumplir con lo jurídicamente obligado en base a la atribución de libertad. La incumbencia de esfuerzo implica para cada integrante la confianza que sus conciudadanos/as se esforzarán regularmente por evitar conductas contrarias

¹¹⁸ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 131-133.

¹¹⁹ Ídem, p. 134. Observa Sánchez-Ostiz que la noción de competencia se puede entender sucedánea de la idea clásica de bien jurídico. Por eso convendría hablar de *competencia relacional* entre el o la autor/a y la víctima o el Estado. Para Pawlik siempre la determinación de cualquier deber penal debe tomarse en igualdad con la posición de competencia de la víctima. Por ejemplo, en la legítima defensa, el o la autor/a no infringe ningún deber porque la lesión que sufre la víctima (el agresor) le es imputable a esta. El concepto de competencia es eminentemente relacional entre estas posiciones. El Estado desempeña un papel mediato porque el deber determinado o concretado es manifestación particular del deber general de cooperación para con la generalidad (ídem, pp. 112-114).

a su competencia. El límite de la obligación está en si el esfuerzo que requiere el deber supera el umbral de lo normativamente exigible.

En efecto, tradicionalmente la dogmática aborda este tópico en las causas de exculpación, que, según Pawlik, son *causas de exclusión de la imputación*. En estos casos, como el estado de necesidad excluyente de la imputación (por ejemplo, la tabla de Carnéades), la persona más fuerte no tiene derecho a matar, pero si lo hace no responde penalmente. Materialmente decae la protección jurídica, devaluándose la posición de la víctima. ¿Por qué está permitido recurrir en general a la persona destinataria del ataque para evitar el peligro que amenaza a su contrincante? Las razones -indica Pawlik- provienen de la teoría de las competencias. El o la destinatario/a de la norma tiene la incumbencia de esforzarse en cumplir la obligación que lo o la grava, salvo los casos de existencia de co-competencia. En las causas de justificación la intervención se da en los límites de la competencia. En las causas de exclusión de la imputación, los límites se complementan con la co-competencia de quien sufre el ataque para descargar al o a la autor/a del reproche de la lesión de la norma, y seguir siendo leal a la comunidad jurídica (excluye la atribución del injusto criminal). Lo relevante para la descarga es sí previamente quien actúa era competente por el control de la situación de peligro. Si nadie es competente se resuelve por estado de necesidad excluyente de la imputación; si el peligro es competencia de quien actúa, debe soportarlo; si hay co-competencia del lesionado es una autopuesta en peligro o un exceso en la legítima defensa de quién se defiende¹²⁰.

Dejando de lado las situaciones excepcionales de exclusión de la imputación, según Pawlik, la medida de contrariedad al deber debe ajustarse a la medida de la lesión de la incumbencia que gravaba al o a la autor/a. El razonamiento plantea un componente negativo totalmente normativizado: la ausencia de voluntad de omitir la infracción de la norma (no haberse motivado) pese a que racional y exigiblemente debía reconocer que el comportamiento creaba un peligro no permitido, cualificado para la posición jurídica protegida por la norma¹²¹.

La perspectiva de Pawlik se distancia de la pretensión de constatar un querer la producción del resultado no permitido. En efecto, la concepción normativizada de dolo que ensaya otorga una lectura diferente de la teoría de la representación. “Dolo” es el conocimiento que la persona debía poseer, racional y exigiblemente, desacoplado su estado psíquico real. El

¹²⁰ Conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 134-138. Las referidas consecuencias sistemáticas las describe Pawlik a la luz del §35.1 del StGB alemán. La redacción de este párrafo fue receptada en el Proyecto de Reforma del Código Penal argentino (2019), en el artículo 34 inciso 9° de aquél, previendo: “[...] La eximente no regirá si al autor o, en su caso, a la persona socorrida por el autor, le fuera exigible afrontar el peligro, en particular, porque él lo hubiese provocado de modo imputable o porque hubiese existido una relación jurídica especial [...]”. Sin perjuicio de esto, rige actualmente el artículo 34 inciso 3° del Código Penal para estos casos, exigiendo *ser extraño del peligro que evita*. En cuanto al exceso en la legítima defensa rige el artículo 35, su análisis excedería el objeto de esta investigación.

¹²¹ Ídem, p. 142.

reconocimiento de un componente voluntario independiente en el *tomar en serio* realza la negación de la realidad por el o la autor/a irreflexivo/a que advierte el peligro de resultado y lo valora incorrectamente, apreciando sólo un peligro abstracto en situaciones de elevado peligro concreto. Pero, en cambio, esa misma posición grava dolosamente a quien cuenta seriamente con la producción del peligro, aunque disponga de menor capacidad de contención del riesgo. Según Pawlik, la imputación dolosa o imprudente no puede depender de la valoración del riesgo que hace la propia persona. Una variante psicológica de la teoría de la representación no puede corregir las inconsistencias de la teoría de la voluntad que extiende lo volitivo hacia lo intelectual. Al contrario, Pawlik concreta la valoración de la conducta desde un ser racional, donde la lesión de otra persona debe ser -al menos- intentada. Sí quien actúa no considera en absoluto las circunstancias de peligro, no se puede atribuir conocimiento inexistente, sino que se le niega la competencia para decidir la forma jurídicamente vinculante del conocimiento del riesgo que debía tener. El planteamiento apunta a enjuiciar la situación de hecho con un baremo objetivo, equiparando el conocimiento realmente existente con el desconocimiento gravemente contrario a la incumbencia. Por ejemplo, el error de prohibición inexcusable no comporta atenuación de pena¹²².

IV.3.b.4. La comunicabilidad entre injusto y culpabilidad. Problemas.

Dentro de la panorámica del injusto jurídico-penal como vulneración al deber de cooperación del o de la ciudadano/a, anclado a la teoría de las competencias, Pawlik reflexiona, al igual que Silva Sánchez o Robles Planas, sobre la inconveniencia sistémica de la distinción entre el injusto (tipicidad y antijuridicidad) y la culpabilidad, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX (encabezada por von Liszt, Binding y Merkel)¹²³.

¹²² Conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 142-146 y notas 55, 57, 60-62 y 68 al pie. Para distinguir entre dolo e imprudencia, Pawlik recurre a la idea de *peligrosidad extrema* (criterio objetivo), que prescinde de lo que concretamente se representó el autor (ídem, p. 146). Ahora bien, Ragués I Vallès problematiza sobre quien intencionadamente busca y consigue crear un mínimo riesgo de lesión, por ejemplo, un tirador inexperto, ¿habría imprudencia o dolo? Silva Sánchez indaga si la distinción es sistemática/axiológica por lo simbólico o sólo explicativa como probabilidad de lesión en los casos de conductas poco relevantes, pero fácticamente tan peligrosas que simbólicamente significan una verdadera enemistad con el Derecho. Según Pawlik, las competencias se nutren de valoraciones y ponderaciones extra-penales y extra-jurídicas, sin que haya diferencias entre una aproximación moral y jurídica, salvo en la omisión del deber de socorro. ¿Cómo distinguir el reproche moral del jurídico-penal? El caso del tirador inexperto encerraría moralmente un profundo reproche por asumir un riesgo -aun mínimo- con intención de dañar. Pero jurídicamente, si el estado de libertades implica seguridad existencial, un riesgo reducido no amerita un reproche penal doloso. No obstante, Pawlik admite la falta de precisión, señalando que el problema es la distinción entre *reproche grave* y *menos grave*, en qué medida coinciden o se desplazan más allá del lenguaje científico empleado. El reproche debe ser grave en casos de peligro extremo evidente (dolo), de lo contrario debe ser menos grave (ídem, pp. 148-152 y 155-156).

¹²³ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 110-111 y nota 2 al pie.

En efecto, von Liszt entendía que el injusto era el hecho voluntario llevado a cabo por un individuo sobre el mundo exterior que contradice un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico. esta concesión completamente objetiva marcaba que la antijuridicidad contenía el desvalor sobre el hecho y la culpabilidad establecía la relación subjetiva entre el hecho y el o la autor/a (el juicio personal de desvalor). Este modelo de delito -largamente criticado- fue superado. Primero, desde el neokantismo se impuso un concepto normativo de culpabilidad (Engisch), concibiéndose la relación culpable con el hecho como un juicio del debe ser, no del ser. Se reprocha que la voluntad y la actuación no se correspondieron con la norma, según una persona media en la misma situación. Segundo, se subjetivizó el injusto bajo la idea de injusto personal de Welzel, transformando la antijuridicidad -con base en la acción final- en obra de un o una autor/a determinado/a, algo que en el sistema clásico tenía lugar recién en la culpabilidad. Se pregunta Pawlik si la ciencia jurídico-penal ha logrado justificar la diferenciación entre injusto y la culpabilidad. Desde Welzel se estableció un desdoblamiento de los criterios de valoración. El juicio de antijuridicidad desvalora que la acción no fue como debería haber sido según la norma, sin tener en cuenta si la persona podía seguir las exigencias del Derecho (culpabilidad). En cambio, el juicio de culpabilidad concreta el reproche personal: no haber actuado correctamente a pesar de que podía adecuarse al requerimiento del Derecho. El injusto welzeliano valora el comportamiento de modo negativo frente a cómo el ordenamiento exige a cualquiera en su situación. Empero, se puede actuar sin culpabilidad individual si los déficits personales no posibilitan al momento del hecho cumplimentar con las exigencias del ordenamiento jurídico¹²⁴.

En efecto, se asignan al injusto y a la culpabilidad distintas funciones teórico-normativas. El juicio de antijuridicidad concreta el rol valorativo de la norma. El juicio sobre la culpabilidad, en cambio, conecta la función de motivación del comportamiento prescrito por el Derecho¹²⁵. No obstante, en la teoría del injusto penal, la persona es siempre destinataria del reproche penal, no el hecho aislado. Pawlik expresa que fracasó el intento de Welzel de conciliar la división de von Liszt mediante el injusto personal, logrando lo contrario: la indiferenciación entre el injusto y la culpabilidad, y un concepto global (único) de injusto criminal¹²⁶.

Pawlik pone de resalto que la concepción de un injusto sin culpabilidad se debe a Ihering, para quien el injusto era desvalor de resultado. Esto desconoce la relación normativa con las

¹²⁴ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), p. 111-113 y notas 5-6 al pie.

¹²⁵ Ídem, p. 114. La diferenciación entre la norma de valoración en el injusto y la norma de determinación en la culpabilidad se remonta a Mezger (ver Capítulo III apartados 2 y 3, pp. 19-23).

¹²⁶ Ídem, p. 118. Pawlik critica que la distinción entre justificación y exculpación y la separación sistemática entre el injusto y la culpabilidad sea conveniente, pues induce a perder de vista las características sistemáticas y de legitimación comunes. Como se vio prefiere hablar de *causas de exclusión de la imputación*, con los efectos de la exculpación, en su afán de lograr una concepción de injusto global (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), p. 135).

disposiciones prescriptivas y la función de motivación de la norma. Ahora bien, en la definición de injusto como situación de oposición al pleno ejercicio de un derecho resulta pertinente la argumentación de Ihering. Un hecho u estado obtiene la designación como injusto en cuanto no debe ser soportado por quien es afectado/a. La contraposición entre desvalor del comportamiento y del resultado no es el problema. Lo relevante para el juicio de desvalor es la cuestión sobre quién debe soportar. Quien se comporta de forma contraria al deber, o quien resulta ser víctima de la intromisión. Según Pawlik, Ihering demostró que ambas se corresponden con frecuencia. Luego, Mezger impulsó una distinción metodológica entre el injusto y la culpabilidad desde la perspectiva de quien sufre el injusto. El desvalor de resultado sería la alteración de un estado aprobado o la producción de un estado desaprobado por el Derecho. Compatibilizar ambas perspectivas a la vez, la del o de la autor/a y la de la víctima no es sistemáticamente consecuente. En el injusto se consideraría el interés de la víctima a la incolumidad del estado de sus bienes. En efecto, el derecho establecería barreras que ordenarían la vida social que cuando se sobrepasan, independientemente del reproche personal, habilitaría a la defensa del derecho por el o la afectado/a. Esto último califica de antijurídico al comportamiento, adjudicando un peso específico a la necesidad de protección y la potestad de defenderse. La plausibilidad en el sistema civil de la conexión entre el derecho de defensa de la víctima y el injusto del o de la autor/a, según Pawlik, no tiene correspondencia con los derechos de defensa del Derecho penal. El modelo de Ihering reduce el análisis del conflicto al Derecho civil, no es adecuado para en Derecho penal. Trasladado a Mezger, el punto central del Derecho penal es el o la lesionado/a y sus intereses. Si el fin de las leyes penales es la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de ataques por acciones humanas, el injusto se reduce a la lesión de intereses sin deber de soportar. Ahora bien, Pawlik achaca que un injusto independiente de la culpabilidad es el punto débil. En Ihering y en Mezger sería condición suficiente para el merecimiento de protección (injusto) y de punibilidad que exista un determinado interés. La culpabilidad queda fuera de la determinación de la finalidad del Derecho penal y el injusto lejos de fundar una teoría global del delito¹²⁷.

Por otra parte, la confrontación entre Ihering y Markel puso en crisis la diferenciación de injusto y culpabilidad y de injusto civil y penal mantenida desde Hegel. Merkel sostuvo un concepto de injusto unitario. Tomó de Hegel la idea que el injusto es negación del Derecho y en el Derecho se objetiva la voluntad general. En efecto, caracterizó el injusto como un comportamiento humano de contenido comunicativo (negador) e identificó como objeto de la negación a la voluntad general plasmada en el Derecho que exige respeto por sobre la voluntad

¹²⁷ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 118-123.

particular (protección de la generalidad). Merkel, además, incluyó en el injusto a la imputabilidad. Desde el punto de vista comunicativo, sólo a quien el Derecho reconoce competencia está en condiciones de actuar de forma relevante en contra de mandatos y prohibiciones. Con esto descartaba la significación jurídica de eventos de la naturaleza y de actividades humanas no atribuibles a una voluntad capaz de imputabilidad. Ahora bien, Merkel sobrevaloró el injusto, mientras que Ihering pretendió demostrar que existirían casos de injustos sin culpabilidad. Frente a esto, los seguidores de Merkel adoptaron dos argumentos. Primero, la interpretación del Derecho como suma de mandatos y prohibiciones dirigidas a la voluntad que generaba la uniformidad de todo injusto con tratamiento distinto hacia el o la destinatario/a de la norma (posición de Thon). Segundo, aunque no haya uniformidad en el injusto, este es entendido como desobediencia contra el Derecho objetivo llevada a cabo por sujetos capaces de imputabilidad (posición de Binding)¹²⁸.

En efecto, Thon afirmaba que la acción de la persona incapaz de imputabilidad no tendría protección jurídica si se emparentaba con las fuerzas de la naturaleza, pero en tanto integrante de la comunidad estatal sigue estando protegida por la ley. En cada deber existe una norma (“tú debes” o “no debes”) que debe regir por igual para las personas capaces e incapaces de acción, lo que presupone que estas últimas son titulares de deberes jurídicos. Esto permite que haya infracciones no culpables de la norma, ascendiendo el injusto a categoría general en la teoría de las normas. Para estos supuestos postulaba Thon que la pena no sería impuesta por motivos de justicia. Según Pawlik, aquel construyó una argumentación insostenible desde el punto de vista de la teoría de las normas. La autocontradicción que la ley dirija sus mandatos a destinatarios/as que previamente declara incapaces y, al mismo tiempo, grava sobre estos/as una expectativa normativa (“tú debes”) entremezclada con su exclusión (“tú eres incapaz de imputabilidad”), conduce al absurdo¹²⁹.

Binding no negó un injusto sin culpabilidad, sólo discutió la relevancia jurídico-penal de la distinción. Para este el injusto era la cualidad formal de contradecir el derecho subjetivo de los y las demás, cuyo alcance y contenido estaba en la antijuridicidad. Sólo era legítima la pena por la lesión al derecho a la obediencia que se debe al Estado (*derecho a la obediencia*). El Estado exige obediencia porque así administra los asuntos de la generalidad. El o la delincuente menosprecia las leyes y el delito irrumpe la paz social. La idea de Merkel de un injusto con cualidades comunicativas, que transgrede el interés de la generalidad, fue compartida por Binding, quien afirmaba que la norma no vincula a quienes no son capaces de acción. El injusto

¹²⁸ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 123-124.

¹²⁹ Ídem, pp. 124-125.

es desacato a la obediencia del Derecho estatal, pero si es culpable es delito. Un injusto sin culpabilidad -para Binding- desconoce los presupuestos de la pena. No existiría tal en el Derecho penal, aunque sí puede haber en el resto del ordenamiento¹³⁰.

En efecto, Pawlik explica que detrás del concepto delito, en primer plano, está la contracción del o de la autor/a hacia la voluntad general (ataque al deber). No hay un injusto independiente de la culpabilidad como categoría general. Un comportamiento con contenido comunicativo que -según un juicio racional- no posea significado de negación del Derecho no puede dañar. Por ejemplo, cuando la persona es incapaz de imputabilidad, o cae en error de prohibición inevitable, o no se le puede ser exigir el comportamiento esperable. En tales casos habría conductas jurídico-penalmente irrelevantes, sin distinguir si atípicas o justificadas. El ordenamiento jurídico define la idoneidad del comportamiento para poner en cuestión las expectativas normativas vigentes cuando le da el tratamiento de exigibilidad o de inevitabilidad. Engisch afirmaba que a veces, fácticamente, una persona incapaz de imputación o anímicamente impotente puede ser determinada a través de un imperativo, abogando por la extensión de los imperativos jurídicos a todas las personas. Con esto, Pawlik expresa que la crítica de Engisch ilustra cómo, a finales del siglo XIX, se desplazó el problema de la teoría jurídico-penal del delito hacia la teoría de las normas sobre la idoneidad del o de la destinatario/a de los imperativos jurídicos, que repercutió en el desarrollo de la discusión sobre el injusto y la culpabilidad¹³¹.

Ahora bien, según Pawlik, el injusto es lesión al deber de cooperación para el mantenimiento de un estado de libertades dentro de una comunidad jurídica. Es merecedor de pena si el o la autor/a menoscaban la existencia de la libertad ajena o, al menos, lo intentan. Se sanciona penalmente por su significado específico: una toma de posición de la persona infractora que expresa que no está dispuesta a cumplir con el orden establecido de deberes que nacen de su estatus de ciudadana, que rechaza las exigencias de colaboración con su comunidad. El déficit de disponibilidad plasmado en la infracción es constitutivo del injusto merecedor de pena. El *injusto del o de la ciudadano/a* no añade más a la culpabilidad, ni tampoco el menoscabado de la víctima¹³².

Mientras una causa de justificación genera un deber de soportar para todos/as, las causas de inculpabilidad no. Según Pawlik, el injusto independiente de la culpabilidad tiene relevancia

¹³⁰ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 125-126.

¹³¹ Ídem, pp. 127-128 y nota 89 al pie.

¹³² Ídem, p. 127. La comunidad de Derecho le debe resocialización a la persona, pues si es responsable por su deber de cooperación, debe colocarla a futuro en un estado donde pueda cumplir mejor con este. La resocialización es una cuestión de Derecho constitucional, no de teoría de la pena, ni de bienes jurídicos. No es un deber, sino una oferta dirigida a una persona mayor que hace uso de su libertad (conf. Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 60-61 y 78).

en las medidas de defensa frente a quien pone en peligro bienes jurídicos ajenos. El acto coactivo expresa naturaleza preventiva, no reactiva como la pena (castigo). Un acto preventivo no depende que el peligro provenga de un acto culpable porque no expresa un reproche hacia quien lo sufre. Sólo es suficiente identificar a la persona como foco de peligro. Al igual que Jakobs, asume Pawlik, la plena facultad de defensa sólo existe frente a ataques culpables. El comportamiento antijurídico se identifica con el actuar de alguien capaz de imputabilidad que representa un particular menosprecio simbólico-comunicativo en su comportamiento de agresión. Quien genera el peligro debe soportar la reacción por el ejercicio de la facultad general de libertad para la configuración del mundo con exclusión de terceras personas. El problema está en limitar el derecho de defensa a ataques sin culpabilidad, o resolver estos por estado de necesidad defensivo (justificación autónoma). Para Pawlik no existen diferencias entre la justificación y la inculpación porque son categorías que no cuestionan la vigencia de la norma. En efecto, si quien recibe el ataque es competente por el conflicto, la injerencia es legítima (justificación). De lo contrario, la situación extraordinaria creada no genera un deber de soportar ante el exceso del límite de las facultades de acción habituales (inculpación)¹³³.

En una posición similar a la de Pawlik, afirma Silva Sánchez que la culpabilidad afecta a la medida del injusto si este se entiende como infracción de un deber indisociable a la primera. El injusto no culpable es *menos injusto* que otro culpable. Sólo este es injusto en pleno sentido, porque puede valorarse el sentido social completo del hecho y su dimensión de dañosidad social (la dañosidad material por la lesión del bien y el daño intelectual relacionado con la víctima y la psicología social). Asimismo, el injusto culpable manifiesta el pleno enfrentamiento con la norma en términos directivos, una defraudación simbólica de la expectativa normativa de conducta (el daño ideal o simbólico)¹³⁴.

Ahora bien, el concepto de injusto personal de Welzel era el presupuesto común de la pena para imputables y de las medidas de seguridad para inimputables. Repara Silva Sánchez que las anomalías psíquicas constituyen déficits en la imputación del hecho, y que el concepto dominante no puede constituir un denominador común del injusto jurídico-penalmente relevante. Las anomalías tienen relevancia diversa según la categoría del sistema: será ausencia de acción, un error de tipo o sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, un error de prohibición o la inimputabilidad. Comúnmente la teoría del delito trata la *enajenación mental* como presupuesto de la imputabilidad en la culpabilidad. Silva Sánchez observa que el injusto merecedor de pena que formuló Welzel parece *demasiado poco personal*, pero

¹³³ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 129-130 y nota 93 al pie.

¹³⁴ Conf. *¿Adiós a un concepto unitario...* (2014), pp. 3 y 7.

demasiado personal para las medidas de seguridad por fundarse excesivamente en la peligrosidad¹³⁵.

Por otro lado, en la concepción de indiferenciación entre el injusto y la culpabilidad, que Pawlik expone, la norma de comportamiento supone la concreción específica del deber de cooperar en el mantenimiento del orden de libertades existente. Su contenido queda fijado una vez que se haya superado el análisis de la justificación y la inculpabilidad. Toma en cuenta la regulación del §17 del StGB alemán (efectos del error de prohibición) que presupone un injusto dependiente de la culpabilidad. Esgrime de este precepto la dificultad de conectar la norma de comportamiento con la incorrecta representación del o de la autor/a (error de prohibición). El §17 del StGB conecta la incorrecta representación con el injusto, pues el comportamiento debe ser típico y no estar cubierto por una causa de justificación. Para la ley es irrelevante el error sobre los límites jurídicos de una causa de inculpabilidad. El §35.2 del StGB limita expresamente el error sobre los presupuestos del estado de necesidad disculpante. De manera que Pawlik señala que para la teoría de las causas de inculpabilidad no es necesario un injusto independiente de la culpabilidad¹³⁶.

Por su parte, Silva Sánchez explica que esta disyuntiva (o indeterminación sistemática) se debe a la tensión al interior de la teoría del delito entre el pensamiento sintético hegeliano y el analítico sistemático de von Liszt y del finalismo sobre la antijuridicidad. El dolo natural como base de la teoría del error para distinguir el conocimiento de la antijuridicidad (hay quienes reclaman una reunificación del *dolus malus*¹³⁷), la accesoriedad de la participación, la agresión en la legítima defensa o el presupuesto de las medidas de seguridad, son cuestiones que tienen un sentido *axiológico* propio, no solo lógico/didáctico. El juicio de antijuridicidad (injusto personal), para Silva Sánchez, comunica la vulneración del orden de asignación de bienes jurídicos por el desbordamiento de las fronteras entre las esferas de libertad jurídicamente garantizadas. Lo cualitativamente relevante es que la injerencia tiene sentido axiológico penal cuando es típica y no está permitida. A los efectos de imponer pena, el obrar

¹³⁵ Conf. *¿Adiós a un concepto unitario...* (2014), p. 4. Como contrapartida, propone un concepto de injusto penalmente relevante *más despersonalizado* en las medidas de seguridad que no se convierta en un injusto de policía, para que se adecúe a la finalidad de la medida. Por su parte, Pawlik resalta que para las medidas de seguridad el hecho no es el fundamento, sino el motivo de la medida. Se exige mínimamente que sea antijurídico. Para la doctrina dominante el hecho antijurídico de inimputables es indicio de peligrosidad futura, lo que resulta inconciliable con la idea de uniformidad del injusto (Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), p. 131).

¹³⁶ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 132-133. El método teórico que aplica Pawlik es partir del concepto abstracto para ser concretado posteriormente y construir el conjunto. En su planteamiento el concepto de norma de comportamiento es abstracto e incompleto, pero se complementa con el examen de la imputación (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), p. 161).

¹³⁷ Recordemos que Pawlik argumenta que el injusto doloso muestra una actitud de *enemistad* hacia el Derecho y el injusto imprudente expresa una *falta de amistad ante la ley* (conf. *Ciudadanía y Derecho penal* (2016), pp. 140-141), lo que denota una tendencia en el sentido indicado.

con dolo otorga mayor relevancia axiológica para presumir la accesibilidad normativa del o de la agente¹³⁸.

Otra consecuencia del concepto de injusto unitario de Pawlik está en los presupuestos de la participación delictiva. En efecto, los §§26 y 27 del StGB alemán presuponen como hecho principal un hecho antijurídico, un injusto. Si el delito es lesión de bienes jurídicos, el hecho principal debe ser antijurídico, no necesariamente culpable, analizándose si la víctima debía soportar el ataque. En efecto, para la configuración del injusto bajo un paradigma comunicativo es determinante cómo la persona actúa en relación con las expectativas de integración de quienes resultan afectadas por el actuar. Pawlik indica que el comportamiento del o de la participe adquiere significado a modo de negación de la comunidad jurídica, si el hecho del o de la autor/a también manifiesta tal rechazo. La participación es la producción de un aporte para la utilización por otra persona para la configuración de un mundo peligroso para los bienes jurídicos. Es decir, quien actúa como instrumento o representante de otra persona conforma el mundo con un aporte que influye en el devenir, adquiriendo corresponsabilidad por la continuación. Si el hecho ajeno no tiene ese significado, tampoco el acto de ayuda o determinación. Apartándose de la doctrina dominante, Pawlik asume -como Jakobs- que el hecho principal al que se comunica la acción participativa tiene que haber sido llevado a cabo de forma culpable. Si no hay culpabilidad, la persona de atrás podría ser autora mediata¹³⁹.

Ahora bien, según Pawlik, la clásica teoría de la acción de Radbruch partió de la construcción de un concepto filosóficamente superado, la acción como actividad influenciada por la voluntad natural, carente de valor analítico, que el causalismo positivista definió como movimiento corporal voluntario. Denuncia que este concepto *arbitrario* es un proceso de abstracción que se basa en una *petitio principii*, porque extrae elementos de un conjunto de objetos prescindiendo de las diferencias existentes, dado que los conoce *ex ante* y en lugar de deducir el concepto lo adelanta. En efecto, el concepto de acción de Radbruch carecía de valor analítico, basando el tratamiento de cada elemento en varios juicios subsuntivos de clases y subclases, perdiendo el horizonte de unidad y generando un vacío de contenido. Ese concepto, metodológicamente como base del delito, era una representación abstracta, genérica, de un todo al que se agregaban el resto de los juicios que desbordaban un previo concepto únicamente naturalístico, abstraído y determinado. No respondía porqué son relevantes en el orden dado, ni lograba determinar la identidad de su objeto. No era posible pensar en una unidad. Por esto Pawlik exalta que el desarrollo moderno de la teoría de la acción en la dogmática alemana partió

¹³⁸ Conf. *¿Adiós a un concepto unitario...* (2014), pp. 7-10 y notas 30-31, 37, 39, 44 y 49 al pie.

¹³⁹ Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010), pp. 134-135 y nota 108 al pie.

de un método de construcción de conceptos filosóficamente superado, con presupuestos de imputación que excluyen a la acción con menos contenido que en los niveles posteriores del análisis¹⁴⁰.

Sin embargo, la unidad sistemática que Pawlik pretende otorgar al concepto de acción, de injusto y de culpabilidad enfrenta la problemática de los casos de déficits de imputación condicionados por anomalías mentales, que pueden ocasionar hasta un error invencible de tipo, tal como lo deja entrever Silva Sánchez. Sí se define el injusto como *un comportamiento infractor de la competencia de modo imputable*, y el actuar con sentido presupone la imputabilidad, habría dos categorías de acción y de injusto. Una orientada a la praxis humana como portadora del injusto personal (doctrina dominante), y otra sólo como naturaleza, negando los presupuestos ontológicos de conocimiento y voluntad de libertad mínima. Ante el concepto de norma como directiva de conducta dirigida sólo a imputables, andamiaje teórico sobre el que Pawlik conforma el deber penal, Silva Sánchez antepone un concepto de norma como directiva de conducta (imperativo reforzado con amenaza de pena) para personas imputables e inimputables, que protege la juridicidad simbólica de los bienes. En efecto, en la medida que el fenómeno es evitable, su no evitación es lesiva del deber, con independencia de la imputabilidad. Con esto pretende conservar la eficacia del imperativo. Afirma que la persona soporta cierta medida de responsabilidad por el hecho cuando realiza el tipo objetivo porque en la imputación hay agencia moral, no un fenómeno de la naturaleza. La imputación encierra una acción humana que otorga sentido al hecho. Por eso también la conducta de la persona inculpable es objeto de juicios con sentido jurídico-penal. De hecho, las medidas de seguridad penales son reacciones cognitivas de naturaleza preventivo-especial, que comparten una dimensión fáctica con las medidas de policía, pero tienen la función de neutralizar comunicativamente la lesividad hacia los bienes jurídicos penales mediante la imputación del hecho (parcial) a una persona peligrosa. Las medidas de seguridad participan de la dimensión simbólica de lo penal. Están limitadas por criterios de proporcionalidad con el hecho o de previsibilidad de comisión de otros hechos en el futuro. Mientras las medidas de seguridad penales posean cierta dimensión de prevención general positiva, afirma Silva Sánchez, reafirmarán las valoraciones penales del orden de los bienes jurídicos y estarán ajenas a la lógica de la peligrosidad pura¹⁴¹.

¹⁴⁰ Conf. *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 32-35. Jakobs señala que este concepto de acción no sirve de enlace del injusto, pero -justamente- su carácter no comprometedor fue motivo de su difusión, ya que no prejuzga casi nada (conf. *El concepto jurídico penal de acción*, en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 53-54).

¹⁴¹ Conf. *¿Adiós a un concepto unitario...* (2014), pp. 12-15; *Aproximación...* (1992), pp. 338-352. Al respecto, ver Feijoo Sánchez, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 290 y ss., quien trata en extensión la

IV.4. Recapitulación. El injusto penal desde la óptica de la infracción del deber.

El avance de la investigación permite vislumbrar que el injusto penal es comunicación por la contrariedad de la conducta a una directiva de comportamiento (un modelo) que emana de la norma penal, en tanto expectativa de adecuación a este. Es potente la idea de Pawlik de que el injusto penal es la infracción del deber de colaboración en el mantenimiento del estado de libertades por parte de las personas, a quienes se les reconoce el estatus de ciudadanas libres en una comunidad jurídicamente organizada, pero parcializa el injusto penalmente relevante. La deficiencia de este planteamiento, que puede asemejarse a la tesis de Jakobs, radica en que la imputación del injusto sólo podría verificarse frente a personas imputables, a quienes les cabría la pena, dejando de lado a inimputables o inculpables, contra quienes se reaccionaría bajo una lógica de peligrosidad y de finalidad preventiva individual a través de medidas de seguridad penal.

Particularmente, la posición que aquí se asume es la concepción de un injusto penal conformado por la infracción de un deber de parte de la persona, que focaliza en la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción en el sentido expresado por Silva Sánchez. La primera abarca tanto a imputables como inimputables. El actuar de la persona inimputable no puede ser excluido axiológicamente del reconocimiento de la personalidad que la acompaña. Acierta Silva Sánchez cuando postula que la norma penal debe tener siempre una función directiva de motivación y, a la vez, de prevención de lesión y de mínima intervención. Concretamente a los fines jurídico-penales faltará la capacidad de imputabilidad personal al momento de la operatividad de la norma de sanción. Sin embargo, ambas formas de comportamiento comunican algo frente a la norma penal, aunque en mayor o menor proporción podrán contener déficits. De este modo, una aproximación conceptual que vincule el injusto y la culpabilidad determinará la medida del injusto culpable según cuál sea la intensidad de la vulneración del deber, que para la norma de sanción aparejará la aplicación de una pena (más o menos grave) o de una medida de seguridad penal (si la culpabilidad está excluida por falta de imputación personal).

cuestión de la protección de la juridicidad que encierra la pena y la estabilización de la norma infringida para mantener una realidad social conforme a derecho que proteja la normatividad real.

V. EL INJUSTO DE LA TENTATIVA. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Ahora vamos a adentrarnos en el fundamento concreto de la punición de la tentativa. ¿Por qué el legislador decide conminar con pena a esta conducta?

Quien parta de una postura objetiva concibe que la pena estatal debe aplicarse ante cada daño concreto a un objeto de bien jurídico, tenderá a emplear un juicio *ex post* para encontrar en la tentativa una expresión de lesión objetivable, sustituyendo al daño por la noción de peligro, con el riesgo de abandonar un fundamento integral¹. La teoría del bien jurídico ubica a la tentativa como un adelantamiento de la punición, puesto que el o la autor/a no ha causado perjuicio a otra persona. Pero esta idea refiere que cualquier daño representado en los tipos penales de resultado se traduzca en un delito consumado. Esta perspectiva objetiva emparenta a la tentativa con los delitos de peligro, que usualmente son tipificados para cubrir un adelantamiento de la protección².

Algunos (Righi - Zaffaroni) afirman que la tentativa criminaliza el peligro de lesión como peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible. Estas posturas podrían denominarse *objetivas* desde la perspectiva del bien jurídico, pues comparten la idea de que la tentativa es un delito de peligro, una anticipación del *ius puniendi*, que representa menor contenido de injusto en comparación al resultado de lesión (delito consumado)³. El injusto de la tentativa se fundamentaría en la atribución del abandonado del ámbito interno de la persona para desarrollar un comportamiento que, por experiencia y lógica, exterioriza un plan delictivo, manteniendo impunes los actos preparatorios (principio de reserva)⁴. Bacigalupo, afín a esta línea de pensamiento, define que hay tentativa cuando el o la autor/a con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución (principio de lesividad), pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad⁵.

Por el contrario, quienes asumen una postura subjetiva, postulan que la acción es punible por la voluntad exteriorizada contrapuesta al contenido de la norma de comportamiento.

¹ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 353-354.

² Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 407.

³ Conf. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (2005), p. 633. Un planteo particular efectúa Kiss, al indicar: “[...] Si el resultado del delito de peligro concreto se definiera como «peligro de lesión» y la tentativa acabada (idónea) como «el peligro del peligro de lesión», entonces el inicio de esta tentativa (comienzo de ejecución) se debería describir como el peligro del peligro del peligro de lesión [...]” (conf. Kiss, A., *Delito de peligro concreto y acción peligrosa*, en *Dogmática Penal. Entre naturalismo y normativismo*, Libro en homenaje a Eberhard Struensee, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 306). Precisamente, la *cadena de peligro* es el peligro del peligro del peligro de lesión, por lo que mientras mayor es el número, menor es el riesgo asumido por quien actúa (ídem, p. 307).

⁴ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 408; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 854 nm. 1d.

⁵ Conf. *Derecho Penal* (2016), p. 463 nm. 927. Definición tomada del artículo 16.1 del Código Penal español, similar al artículo 42 del Código Penal argentino.

Encuentran en el injusto de la tentativa las mismas razones para la punición que en el delito consumado⁶. Según Jakobs, en la tentativa, la persona exterioriza un plan delictivo de modo comunicativamente relevante, arrogándose su comportamiento una organización que no le compete. Por ejemplo, al apoyar un arma de fuego cargada en la cabeza de una persona y jalar el gatillo para accionar el mecanismo de disparo. También la conducta puede revelar una futura arrogación de organización. Por ejemplo, la integración de una asociación ilícita⁷. En ambos -según Jakobs- se conmueve la seguridad de la validez fáctica de la norma⁸. De forma similar, para Reyes Alvarado, el Derecho penal debe intervenir ante un comportamiento que pueda ser considerado una forma indebida de ataque al bien jurídico. Por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado. El resultado es el quebrantamiento de la vigencia de la norma, la manifestación del desconocimiento de esta, que cierra el juicio de imputación objetiva, tanto en el delito de tentativa como en el delito consumado⁹.

Otra parte de la doctrina, por ejemplo, Roxin, Núñez Paz o Alcácer Guirao, asumen una *postura intermedia*. En efecto, Roxin define la tentativa como la creación a través de medios materiales de un peligro enjuiciado *ex ante*, sobre la base de la representación del o de la autor/a próxima a la realización típica, que subsidiariamente implica la infracción de la norma próxima al tipo que constituye una perturbación del derecho¹⁰. De forma similar Núñez Paz asume que el Derecho penal sólo debe prohibir conductas objetivamente peligrosas para los bienes jurídicos, que el ordenamiento debe proteger, y que la tentativa constituye un ataque inferido sobre un bien jurídico protegido mediante la realización de actos en contraste volitivo con la norma penal, que sean capaces de producir su consumación e impliquen un peligro que debe ser constatado *ex ante* que el resultado lesivo se verifique. De modo que la acción peligrosa contraviene la finalidad tuitiva de la norma¹¹.

Por su parte, Alcácer Guirao sostiene que el fin de la protección de la vigencia de las normas es inseparable de la protección de los bienes jurídicos. Esto no puede ser realizado sin aquella y viceversa¹². Según este autor, el injusto está conformado por el desvalor de la acción, esencialmente objetivo, como creación dolosa o imprudente, *ex ante*, de un peligro para el bien

⁶ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito y Disvalor de Acción* (1991), pp. 354.

⁷ La categoría de los *delitos de emprendimiento* en el Código Penal argentino no está prevista, pero sí en el StGB alemán. Se trata de conductas donde la ley le da el mismo tratamiento a la tentativa (formal) y a la consumación por medio de la consumación penal directa, sin posibilidad de atenuar, reducir o renunciar a la pena, lo cual es posible en los demás casos de tentativa, negando eficacia excluyente al desistimiento (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 856-857).

⁸ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 854.

⁹ Conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 81.

¹⁰ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 434 y ss. No obstante, podríamos calificar su postura dentro de las teorías objetivas que moldean el injusto de la tentativa preferentemente en torno al *peligro de lesión* para el bien jurídico.

¹¹ Conf. *El delito intentado* (2003), pp. 23 y 40.

¹² Conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 261. Agrega que el cometido fundamental del Derecho penal liberal es garantizar una seguridad material en la indemnidad de los intereses al o a la ciudadano/a. Es decir, el fin inmediato es la protección de bienes jurídicos y el fin de la protección de la vigencia de la norma es legítimo, pero dependiente del primero (ídem, p. 263).

jurídico, y el desvalor de resultado como la producción de la lesión del bien jurídico o de un peligro también imputable *ex ante* a la creación desvalorada del riesgo. Sostiene que la tentativa punible hace peligrar el bien jurídico protegido y, por esto, pone en duda la vigencia de la norma. El contenido de la expectativa plasmada en la norma es la seguridad de que los intereses de los y las ciudadanos/as (bienes jurídicos) no serán lesionados. El margen mínimo de punición se afina en la peligrosidad existente *ex ante*, desde la perspectiva de una persona racional situada en la posición del o de la autor/a, y dotada de sus conocimientos, quien supondrá que la acción contiene un peligro relevante, al poner en duda la seguridad en las expectativas normativas, y en esa medida la confianza en la vigencia de las normas¹³.

Vemos como se mezclan distintas visiones sobre el injusto de la tentativa en comparación con el prototipo del tipo de comisión doloso consumado. El principal interrogante es: ¿cuál es el fundamento del injusto en la tentativa? Ante la diversidad de respuestas surgen otros que derivan del anterior: ¿cómo resolver el problema de la anticipación de la consumación y delimitar los actos preparatorios del comienzo de ejecución de la tentativa?; ¿es graduable el injusto de la tentativa?¹⁴. La respuesta a todas estas cuestiones depende de la forma en cómo se sustente el fundamento del injusto jurídico-penal del hecho consumado.

Vale destacar que, si bien subyace una necesidad de política-criminal con finalidades de prevención general y especial¹⁵ (discutible), el fundamento del injusto de la tentativa debe encontrar anclaje material en los principios de lesividad y de culpabilidad, ya sea como creación de un peligro real o inminente -sin necesidad de perjuicio efectivo-¹⁶, o que reciba el tratamiento de un delito autónomo con la misma estructura y condiciones de punibilidad que el delito consumado, pues ambas categorías de injusto constituyen, a la vez, formas indebidas de ataque al bien jurídico con el mismo resultado: el quebrantamiento de la vigencia de una norma penal¹⁷.

Huelga resaltar que, a partir del substrato material y conceptual del injusto de la tentativa, se podrá enmarcar legítimamente aquellos actos u hechos que impliquen el comienzo de ejecución de un ilícito penal determinado que, sin llegar a la consumación, han puesto en peligro al bien jurídico protegido, o contradicho la vigencia de una norma determinada, o ambas cuestiones a la vez. De acuerdo con esto, de las visiones sobre el injusto penal (*protección de bienes jurídicos o de la vigencia de la norma penal*)¹⁸ dimanarán consecuencias específicas con

¹³ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 287.

¹⁴ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 354.

¹⁵ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea*, (2013), p. 13. Zaffaroni expresa que la tentativa de delito es la más general de todas las anticipaciones punitivas, que señala el límite que el poder punitivo no puede exceder, desde el comienzo del peligro de lesión, hasta el momento anterior a la consumación donde se produce la efectiva lesión (conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 633-634).

¹⁶ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea*, (2013), p. 13.

¹⁷ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 97-98 y 102.

¹⁸ Ver desarrollo en Capítulo IV (pp. 59-110).

relación al injusto de la tentativa. Como se intuye, en lo que resta del trabajo, veremos qué tipo de tentativa constituye la expresión acabada de este concepto, si sólo la imperfecta ejecución de una acción delictiva que objetivamente tiende a poner *ex ante* en peligro un bien jurídico (*objetivismo moderno*)¹⁹; o la relación entre el ámbito de protección del bien jurídico y el dolo (*subjetivismo*)²⁰; o una forma autónoma de infracción de la norma penal concebida como modelo de orientación social, distinta al delito consumado (*normativismo dualista*)²¹; o una manifestación personal de puesta en peligro próxima al tipo y de infracción a la norma que perturba el derecho con dolo de realización típica, en una conjunción de posturas subjetivas/objetivas mediante el complemento valorativo-normativo (*teoría ecléctica mixta*)²². Cualquiera de estas alternativas determina la base esquemática de cuándo una conducta es punible y sus consecuencias sistemáticas. Tanto el contenido como la determinación conceptual del injusto de la tentativa otorgan un fundamento a su punición, de acuerdo con el modelo de norma y de injusto penal que se adopte²³. Si estas cuestiones se unifican, podrá armonizarse la inserción de la tentativa en un concepto global de injusto y abrir la posibilidad de responder a los planteos de base.

V.1. Las teorías objetivas clásicas y su transformación hacia la moderna versión peligrosista.

Esta corriente de pensamiento postula que el injusto de la tentativa está basado en el peligro a un bien jurídico, con menor gravedad que la lesión (consumación). Por esto, se pena la tentativa de manera menos severa. Esta teoría fue sostenida, entre otros, por Feuerbach, Beling, Mayer, Mezger. Las tesis clásicas tomaron de referencia conceptos ontológicos como la relación de causalidad. Ahora bien, las versiones modernas hacen foco en conceptos valorativos como el de *peligrosidad del hecho para el bien jurídico* (entre otros, Alcácer Guirao), caracterizando que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y el delito su afectación inmediata.

¹⁹ En este punto se seguirán las reflexiones de Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013).

²⁰ En este aspecto se seguirán de los lineamientos de Sancinetti, en *Teoría del Delito...* (1991).

²¹ Aquí tomo la orientación general de la obra de Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016).

²² Desarrollo con base en Roxin, *Derecho Penal* (2014).

²³ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 10 y 64.

V.1.a. La teoría de la peligrosidad hipotética.

Feuerbach entendía que el Derecho sólo estaba legitimado para actuar cuando se realiza una acción externa que lo contradiga, no por la mera intención. Por ejemplo, afirmaba que la tentativa de dar muerte a un cadáver confunde lo moral con lo jurídico, la policía de seguridad con el derecho a la pena. En su lugar, postulaba como infracción a la peligrosidad objetiva en una acción exteriorizada, intencionalmente dirigida a la producción del delito. Se castiga la acción en *relación causal* con el delito perseguido²⁴.

¿Cómo determinamos tal peligrosidad objetiva? La mayoría de los autores de esta corriente dogmática se basaban en la teoría de la equivalencia de condiciones, en el nexo causal entre la acción y el resultado. Este modo de fundamentar sólo podría tener validez en los delitos que suponen la producción de un resultado. Sin embargo, la tentativa se caracteriza -justamente- por la ausencia causal del resultado, por lo que requiere una explicación diversa. La teoría Feuerbach proponía efectuar en la tentativa un examen *hipotético* de la relación causal (como en el delito de omisión) entre la acción y el pretendido resultado. En efecto, en el delito consumado se castigaría la acción que causa el resultado; en cambio, en la tentativa se punía la acción causalmente adecuada, peligrosa o idónea para la producción del resultado. Desde esta perspectiva, por un lado, el comienzo de ejecución (tentativa) se analizaba a partir de la proximidad de la lesión al bien jurídico para distinguir a los actos preparatorios. Por otro lado, la tentativa se consideraba un hecho de menor gravedad, que debía castigarse con menos pena que la consumación. A su vez, la proximidad de la lesión del bien jurídico llevó a distinguir entre comportamientos *idóneos* e *inidóneos*. Los primeros peligrosos y punibles por resultar causalmente aptos para alcanzar el resultado. El segundo tipo de conducta se reputaba no peligrosa (impune).

Esta teoría fue objeto de críticas, incluso desde posiciones objetivas como la de Binding. En efecto, la no producción del resultado probaba que no había tenido lugar la relación causal²⁵. Sólo podría apreciarse una causalidad potencial (abstracta). La conclusión práctica debía ser la impunidad de toda tentativa ante cualquier duda (principio *in dubio pro reo*) desde una perspectiva de enjuiciamiento *ex post*, porque de lo contrario la persona respondería por lo que hubiera podido ocurrir, no por lo que tuvo lugar²⁶.

²⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 107-108; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 357; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 24.

²⁵ La teoría de Feuerbach impedía la certeza en la conexión causal hipotética entre la acción y el resultado.

²⁶ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 109; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 25. Reyes Alvarado indica que es imposible sostener con absoluta seguridad que un comportamiento habría sido causal, pues el resultado depende

Según Reyes Alvarado, Feuerbach tenía razón. La existencia de la relación causal en la tentativa permite fundamentar la punibilidad de manera homogénea para la consumación y la tentativa. No obstante, señala que el error fue calificar la causalidad de *hipotética* (incierta), dando a entender que en la consumación sería *real* (cierta). Según este, un correcto entendimiento debería ser su consideración sólo en términos probabilísticos, por igual para la tentativa y la consumación²⁷.

V.1.b. La teoría de la idoneidad de Mittermaier.

Un importante sector doctrinal consideró que la idea de la relación causal hipotética que proponía Feuerbach debía interpretarse en otro sentido. El hecho para ser imputado debe contener elementos objetivos y subjetivos, pero sin la concurrencia efectiva de lo objetivo no podía haber tentativa. El límite de la causalidad potencial o del peligro abstracto estaba cuando la acción exteriorizada no tenía relación con el delito perseguido, que éste no pudiera producirse en absoluto²⁸. De esta forma, Mittermaier postuló la división entre la idoneidad *absoluta* y la *relativa* conjugada bajo la idea de peligro, siempre abstrayendo algunas circunstancias del hecho, y por lo menos el resultado acaecido. De este modo, enunció la forma de enjuiciar el peligro de la conducta entre de inidoneidades *relativas* y *absolutas* para valorar el medio empleado y entre peligros *abstractos* o *concretos* para abordar el objeto al que se dirigía la acción. El medio y el objeto eran para Mittermaier elementos esenciales de la acción de tentativa. Esta debía contener todos los elementos que la ley exigía en el tipo de delito para que constituyera un injusto punible como tentativa. A partir de esto, lo fundamental del injusto de la tentativa pasó a ser la *idoneidad del objeto* hacia el que se dirigía la acción. Si no existía, o era inadecuado, no había tentativa punible. Por ejemplo, pretender matar a un cadáver, o quien confunde por azar la cosa ajena con la propia, fueron calificados como casos de objeto inidóneo. Entonces, la inidoneidad del objeto determinaba la impunidad de la acción²⁹.

Sobre el medio empleado, Mittermaier afirmaba que debían quedar impunes los casos de *inidoneidad absoluta* cuando en ninguna circunstancia, desde el inicio, la acción podría realizar el resultado. Por ejemplo, quien confunde el tarro de veneno con uno de azúcar que emplea para

de factores causales que escapan al control de la persona, que exceden a su voluntad (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 13-14).

²⁷ Conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 19.

²⁸ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 109.

²⁹ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 388-389; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 25-26; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 109-111.

matar a quien no es diabético. Distinto era el caso de la *inidoneidad relativa*, puesto que el medio en sí mismo sería idóneo, aunque sea empleado de modo inadecuado para producir el resultado perseguido. Por ejemplo, el uso de veneno verdadero en reducida cantidad no alcanzaba para producir la muerte en el caso concreto, o quien emplea un fusil de corto alcance con relación a la posición de la víctima. Según Mittermaier, los casos de medios con *inidoneidad relativa* son punibles³⁰.

Ahora bien, los problemas llegaban con el caso del disparo de la pistola descargada, que Mittermaier resolvía como *inidoneidad absoluta* y, al contrario, el intento de disparar a una persona a distancia *un caso de inidoneidad relativa*. De esta manera, la tentativa no sería peligrosa cuando fuera absolutamente inidónea porque la acción en ningún caso podría conducir a la consumación, por defecto en el objeto atacado (por ejemplo, un cadáver) o en el medio empleado (por ejemplo, cuando confunde sal con arsénico). En cambio, el comportamiento *relativamente inidóneo* era sinónimo de *peligroso* porque sólo la especial situación del caso concreto había impedido el resultado, y por esto se consideraba punible. Por ejemplo, un disparo con un arma de fuego a quien tiene un chaleco contra balas. Sin embargo, esta teoría permitió limitar el amplio margen de punibilidad en comparación con las posiciones subjetivas, justificando el castigo de la inidoneidad relativa, y distanciarse de las concepciones objetivas extremas que sostenían la impunidad en todos los casos³¹. A pesar de esto, se criticó que daba un tratamiento arbitrario a la descripción de las acciones delictivas, lejos de aportar soluciones valorativamente satisfactorias de cuándo la imposibilidad era absoluta o relativa. Por ejemplo, no daban una explicación razonable de porqué un intento de aborto con ausencia de feto era impune por ser el objeto inidóneo, pero no si se pretendía utilizar flores de Bach (por tratarse de un medio inidóneo³²). En la práctica es irrealizable la delimitación *ex ante* entre acciones inidóneas relativas y absolutas³³.

V.1.c. La teoría de la falta de tipo y la variante del error inverso de tipo.

³⁰ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 25-26; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 111; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 443 nm. 29.

³¹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 111; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 358; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 27.

³² Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 444 nm. 30; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 358-359; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 27.

³³ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 470, nm. 941.

Esta teoría elaborada -principalmente- por Binding y seguida -entre otros- por Mezger, postulaba que existía tentativa cuando el resultado externo no se había producido por falta de relación causal o porque se falla sobre algo futuro. Por ejemplo, quien dispara con intención de matar a otra persona y yerra. Ceñido al principio de legalidad, cuando no concurrieran otras circunstancias descritas en el tipo legal correspondiente la consecuencia era la *falta de tipicidad* (no punición), porque todos los elementos del tipo debían ser considerados de igual valor. Este criterio formal, dogmático, implicaba que en el comienzo de ejecución de la acción delictiva debían concurrir todos los elementos del tipo legal (objeto y medio típico)³⁴. En concreto, había falta de tipo si este expresaba los medios para realizar la acción y el o la autor/a no empleaba ninguno, pero era punible el caso del medio típico inadecuado -en concreto-, o cuando el tipo no expresaba ninguno en particular. Además, cuando el objeto al que refería el tipo no existía, o no estaba presente, se reputaba impune.

Se critica a esta postura que resulta inútil para delimitar la tentativa no peligrosa, particularmente cuando el tipo legal no menciona el medio, o el objeto no está en el lugar que se representa la persona³⁵. Esta tesis solo confronta el defecto con el tipo del delito consumado, sin dar un verdadero fundamento sobre el injusto de la tentativa, aun cuando limitase la punibilidad de algunas manifestaciones de la tentativa inidónea³⁶.

Una variante dentro de esta corriente fue la propuesta teórica de Frank -acompañada, por una minoría de su época- de distinguir entre la falta de tipo y la tentativa. La primera se caracterizaría por un error sobre una *circunstancia presente* al momento de la acción (que modernamente fundamentaría un error de tipo excluyente del dolo). En cambio, la tentativa sería un error sobre una *circunstancia futura*, de allí la denominación error inverso de tipo³⁷.

V.1.d. Consideraciones críticas de las clásicas teorías objetivas.

Estas teorías apreciaban el peligro para el bien jurídico según un juicio *ex post* orientado a la determinación de la relación de causalidad³⁸. En general, consideraban impunes las

³⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 118-119 y 121; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 359; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 28; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 52 y ss.

³⁵ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), nota 19 al pie p. 28.

³⁶ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 56-57.

³⁷ Frank indicaba que la tentativa no se trataba de un error, sino de la falta de una circunstancia futura (conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), nota 90 al pie de p. 121).

³⁸ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 358.

tentativas absolutamente inidóneas³⁹. Mittermaier afirmaba que no podía haber comienzo de ejecución en casos de inidoneidad absoluta porque lo que no puede concluirse tampoco puede comenzar⁴⁰.

Por definición, toda tentativa es inidónea si se incluyen en la base de enjuiciamiento todas las circunstancias conocidas una vez acaecido el hecho, siendo la tentativa no idónea algo absolutamente inidóneo. Sin claridad, las teorías objetivas clásicas intentaban delimitar el supuesto de absoluta inidoneidad (impunidad) de la inidoneidad relativa (punibilidad)⁴¹. La insuperable dificultad de esta teoría viene dada por el enjuiciamiento *ex post* de la acción concreta, que incluye todas las circunstancias ocurridas después del hecho, lo cual en sí mismo lleva a afirmar la inidoneidad de todas las tentativas. Por eso, los integrantes de esta corriente debieron recurrir a una abstracción de algunas circunstancias que excluyeron de las bases del juicio⁴².

Ahora bien, no es lógicamente viable diferenciar entre medio y objeto para deducir la idoneidad o inidoneidad de la conducta para el resultado, puesto que este se debe siempre a un complejo de circunstancias, una relación que impide considerar aisladamente uno de otro. Por ejemplo, el caso del disparo a una persona protegida por un chaleco salvavidas que resiste e impide que se lesione la víctima solía ser considerado un caso de inidoneidad relativa del objeto, evidenciando la ínsita arbitrariedad y dificultad para distinguir entre objeto absoluta y relativamente inidóneo⁴³.

Las variantes teóricas no aportaron un criterio uniforme para lograr una abstracción concreta de las circunstancias del juicio de causalidad. Esta ausencia de criterios dogmáticos, político-criminalmente evidentes, mostró que se trataba de un pensamiento tópico, carente de sistematicidad para excluir supuestos de objeto inexistente, que no tenía límites claros. Por ejemplo, la administración de una insuficiente cantidad de veneno se subsumía como tentativa relativamente inidónea, puesto que el veneno -en sí adecuado para matar- no lo era en el caso

³⁹ Reyes Alvarado explica que estas teorías entienden la relación causal sobre el concepto de certeza, lo que lleva a sostener que su determinación sólo puede hacerse una vez producida la causa específica que es condición para la obtención del resultado. En cambio, la relación causal construida sobre la noción de probabilidad permite pronosticar resultados futuros de una determinada conducta, tanto en los delitos de acción consumados de resultado, las omisiones, las tentativas y los delitos de peligro, variando a una perspectiva *ex ante* el momento del juicio de determinación (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 15 y ss.; coincidentemente, Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 26).

⁴⁰ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 121.

⁴¹ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 469 nm. 939; Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 413; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 109 y nota 12 al pie, entre otros.

⁴² Reyes Alvarado señala que se afirmaba la relación causal sólo entre la conducta y el resultado no querido, pero era imposible el vínculo causal con el resultado no sobrevenido (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 14). Sancinetti, por su parte, indica que el *daño* y el *peligro* se mueven en campos de referencia diferentes: el primero en un juicio *ex post* y el segundo en otro *ex ante*, tornando imposible un fundamento monista del ilícito (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 360).

⁴³ Algunos subjetivistas, como Sancinetti, expresan que la insuficiencia de las teorías objetivas está en la noción de peligro objetivo en la antijuridicidad a la que vinculan la punibilidad de la tentativa, y la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea en base al intento de distinción de la víctima en la tentativa y en la consumación (conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 360 y 389).

concreto. Para algunos, este caso debía considerarse impune porque el empleo del medio era absolutamente inidóneo. Por esto se critica la arbitrariedad de estas teorías, que se valen de divergentes premisas político-criminales en cada supuesto concreto, con una imprevisible flexibilidad de convertir acciones absolutamente inidóneas en relativamente inidóneas y viceversa, o de transformar las inidoneidades por el objeto en inidoneidades por el medio, sin límites precisos para su punición. Estas teorías terminaron justificando la punición de acciones que, *ex ante*, no eran adecuadas para alcanzar el resultado. Por ejemplo, matar con una cantidad mínima de veneno o disparar con una pistola descargada⁴⁴.

V.1.e. Las modernas teorías de la probabilidad.

El enfoque moderno de las teorías objetivas surgió a partir de la reformulación de von Hippel, quien realizaba el análisis de *peligrosidad* desde la perspectiva de una persona prudente (observación objetiva al momento del hecho), con los conocimientos del o de la autor/a, conformaba un juicio *ex ante* de probabilidad de consumación. Por ejemplo, el disparo con un arma de fuego descargada subrepticamente por un tercero lo resolvía como una tentativa peligrosa, a diferencia de las variantes tradicionales que sostenían una inidoneidad absoluta por falta de peligrosidad, por tanto, impune⁴⁵.

No obstante, von Hippel sostenía que la tentativa requería la puesta en peligro concreta del bien jurídico. Al igual que la versión clásica, su posición presentaba dificultades para distinguir entre la preparación y la ejecución porque la noción de peligro es inadecuada como concepto cuantificable⁴⁶. Se sostiene que se puede distinguir entre grados de riesgo, no entre peligros cualitativamente diversos⁴⁷. Particularmente, Roxin expresa que la preparación produce ya un peligro, que se va elevando progresivamente hasta llegar al resultado. La referencia a un peligro concreto favorece la delimitación, pero no toda tentativa idónea es un

⁴⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 113-114. Como se verá más adelante, la justificación de la punibilidad de estas acciones debe provenir de criterios normativos, no causales ni de peligrosidad subjetiva.

⁴⁵ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 860 nm. 14; Righi, *Derecho Penal* (2018); Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 21-22; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 358. Roxin expresa que la formulación más correcta de la teoría objetiva es la (moderna) teoría de la peligrosidad, que determina la existencia de peligro del modo que lo hacía anteriormente la teoría de la adecuación y actualmente la teoría de la imputación objetiva (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 442 nm. 27). Núñez Paz refiere, por su parte, que el criterio de la peligrosidad *ex ante* permite llegar a la punición en el caso de inidoneidad del objeto. Por ejemplo, el caso del disparo sobre la cama vacía donde se supone descansaba la víctima (conf. *El delito intentado* (2003), nota 21 al pie p. 29).

⁴⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 443 nm. 28; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 861 nm. 15; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 23 y 30; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 361; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 469 nm. 936, entre otros.

⁴⁷ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 414.

peligro concreto. Según Roxin, el peligro debería ser *próximo al tipo*. Por ejemplo, es impune como acto preparatorio un grupo terrorista que desarrolla el adiestramiento para una futura actuación violenta, y un acto ejecutivo (tentativa punible) de quien subrepticamente desliza su mano dentro de un bolso ajeno para intentar hurtar una cantidad de dinero mínima, aunque con menor gravedad y peligrosidad que la primera⁴⁸.

Kratzsch intentó consolidar la posición de von Hippel acudiendo al concepto de *peligrosidad estadística* para concebir la tentativa como aquel instante en el que la actuación progresiva de la persona avanza hacia la consecución de un fin y alcanza un estadio que denota un elevado peligro de realización exitosa del hecho punible. El juicio de peligrosidad lo elabora en base a casos típicos, de acuerdo con la experiencia, que relevan un peligro de realización exitosa del resultado. Para Kratzsch el elemento de referencia de la tentativa no era la acción concreta, sino la clase de acontecimiento que se trataba. Por ejemplo, que A introduzca su mano en el bolsillo vacío de B es una tentativa inidónea que podría haber alcanzado el resultado en otra situación⁴⁹. Se observa críticamente que el juicio de peligrosidad se convierte en un juicio estadístico que pretende restringir los factores causales para que el juez no tenga que determinar el peligro concreto en cada caso⁵⁰, pero que en definitiva desnaturaliza la norma de comportamiento que subyace detrás de la prohibición de la tentativa como una norma abstracta sin contenido, sólo estadísticamente conformada, cuando esa norma -desde el punto de vista del peligro- podría conceptuarse como la protección de un peligro abstracto específico de realización del resultado como fin intermedio independiente frente a la norma de consumación⁵¹.

V.1.f. Consideraciones críticas en torno a las modernas teorías de la probabilidad.

La teoría de von Hippel no puede explicar cuál es el fundamento del injusto en la tentativa inidónea, sí el bien jurídico nunca corre peligro. Por ejemplo, el caso del disparo sobre el lecho donde no se encuentra la víctima, que previamente se había ido. Debe tenerse en cuenta que la

⁴⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 443 nm. 28; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 29-30. Jakobs formula dos críticas importantes. Una es que la teoría objetiva denomina tentativa a un suceso contrario a las normas de policía (criterio del peligro), no a un comportamiento punible. La otra es que es falaz que la teoría objetiva conduce a una delimitación estricta entre la preparación y la tentativa, debido a la posibilidad de escalas variables de peligros (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 861 nm. 15).

⁴⁹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 180 y 182).

⁵⁰ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 26-27; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 451 nm. 54; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 179 y ss.

⁵¹ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 180 y 182

única tentativa que realmente genera un peligro concreto para el bien jurídico es la acabada, pues en la denominada tentativa inacabada falta todavía realizar actos que deberían conducir al resultado⁵².

Se refuta al objetivismo moderno, en materia de causalidad, el empleo extremadamente vago que hace del juicio de un *observador imparcial* y la imprecisa referencia del *pronóstico del hombre medio*, puesto que no determina cuáles son los parámetros para fundamentar el injusto de la tentativa que eviten retornar a criterios *ex post* de enjuiciamiento que obligue a conocer todos los detalles del supuesto concretado para juzgar la existencia *ex ante* de la peligrosidad de la conducta⁵³. Núñez Paz intenta proporcionar criterios materiales para evaluar ese peligro, enunciando que debe ser constatado *ex ante*, colocándose mentalmente el juez en el momento en que se llevó a cabo la acción, con los conocimientos que poseía el o la autor/a, sumados a los de un observador objetivo y la media de la sociedad⁵⁴.

Se reprocha a estas tesis, al igual que las versiones tradicionales, que desconocen la relevancia de la voluntariedad de la conducta humana para la configuración de la tentativa. Sancinetti expresa sobre este punto:

“[...] si la explicación del ilícito de la tentativa por medio de la creación de un peligro fuera correcta, no se entendería por qué la voluntad del autor, su dolo, tendría que referirse a una lesión ‘objetiva’, mayor al peligro, es decir, el porqué de que tenga que referirse al daño efectivo, a la consumación. Si el autor ‘quisiera sólo el peligro’ -por ejemplo, porque ni siquiera llegase a representarse el resultado de lesión-, el hecho carecería de un elemento definitorio para la tipicidad de la tentativa: la necesidad del dolo (de lesión). Pero un ilícito que se explica gracias a un elemento subjetivo que trasciende el marco objetivo establecido por fundamento (el peligro) ya no puede explicarse más objetivamente [...]”⁵⁵.

Reyes Alvarado reflexiona que la tesis objetiva resulta incapaz de explicar la punibilidad de la tentativa, en cuanto convierte al ser humano en una simple *f fuente de peligros*, abiertamente incompatible con su condición social. Sin embargo, aclara que no es la simple intención lo que permite calificar una conducta como delictiva o ajustada a derecho. Por el contrario, señala que estas teorías no niegan importancia al aspecto subjetivo, sino que a partir del análisis de lo

⁵² Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 413; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), p. 30; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 361, entre otros.

⁵³ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 23-29. Ese artificio del pronóstico posterior objetivo con base en una perspectiva *ex ante* y recurriendo al *espectador objetivo* o al *hombre medio*, es el mismo mecanismo que se propugnó por los defensores de la teoría de la causalidad adecuada, lo que quizás haya dado pie para que los críticos de esta nueva formulación de la teoría objetiva se hayan referido a dicho pronóstico como el *juicio de adecuación* (ídem, p. 22).

⁵⁴ Conf. *El delito intentado* (2003), p. 40.

⁵⁵ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 361. Agrega que la consideración del resultado responde a la idea que la realización objetiva facilita la prueba del dolo. *Ex ante* el tránsito desde la tentativa inacabada hasta la acabada, la mayor realización de pasos de una acción, desde el punto de vista probatorio aporta más claridad acerca de las intenciones (dolo). *Ex post* el resultado agrava el hecho porque aporta mayor seguridad sobre el dolo. Arguye con esto que la diferenciación axiológica es que la tentativa requiere la prueba del dolo y en el delito consumado se presume su existencia (ídem, p. 388).

objetivo y las circunstancias que acompañan a la acción infieren si hubo peligro para el bien jurídico y coligen la voluntad del o de la autor/a⁵⁶.

Ahora bien, la postura de Kratzsch no escapa a un concepto etéreo de peligrosidad. La influencia causalista está presente en el fondo del juicio de peligrosidad estadística como expresión de una *relación de causalidad*, lo cual no difiere de las soluciones que aporta la teoría de la causalidad adecuada. Sus premisas no superan a von Hippel. De manera que el empleo de elementos valorativos en el juicio de peligrosidad, tales como la *organización social* o la *lucha contra el injusto penal*, no cumplen una función concreta en el fundamento del injusto de la tentativa. Se enfatiza que una *tentativa inidónea no peligrosa* significa que no existe peligrosidad abstracta, por ende, debería excluirse su punibilidad. Estas teorías no advierten que en los delitos de peligro abstracto lo característico es la probabilidad de producción del resultado, de comprobar *ex ante* una peligrosidad genérica para el bien jurídico, que -en cambio- sí puede ser excluida *ex ante* en las tentativas peligrosas⁵⁷. De allí que se emparenta el juicio de peligrosidad estadística con los delitos de peligro abstracto, reparándose que la acción hubiera podido en otras circunstancias producir el resultado por una serie de circunstancias arbitrariamente elegidas. En definitiva, en el caso concreto se pune un peligro *ex ante* inexistente, igualando materialmente a la tentativa inidónea con los delitos de peligro abstracto. Esto demuestra que la concepción de Kratzsch, en el conflicto entre prevención y garantías, se inclina por la eficacia preventiva, abandona el principio de lesividad, fragmentariedad y última *ratio* del Derecho penal, legitimando expansivamente la amenaza punitiva⁵⁸.

Quienes sostienen que el delito no es causación de lesión al bien jurídico, sino lesión a la validez de la norma, resaltan que este tipo de teorías son un *dogma causal* superado, por concebir el delito consumado como lesión causal y el delito intentado solo como puesta en peligro. Jakobs postula que el delito no es primariamente causación de lesiones de bienes, sino lesión de la validez de la norma. Con lo cual, la tentativa debería concebirse como lesión a la validez de esta, sin diferenciar a los fines de la punibilidad entre el injusto del delito consumado y el de la tentativa⁵⁹. Piénsese, por ejemplo, qué diferencia existirá entre la conducta de quién

⁵⁶ Conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 24-25 y 31.

⁵⁷ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 27-28; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 181; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 451 nm. 54. Esta manera de proceder tenía Mir Puig cuando argumentaba sobre la base de juicios de peligrosidad estadística al hacer referencia a la peligrosidad objetiva de determinados actos dirigidos a consumir el delito que se manifieste ya *ex ante* y se realice con la voluntad de consumir el delito que, salvo en la tentativa acabada, exige el ánimo de continuar ulteriormente el *iter criminis* (conf. *Derecho Penal* (2016), p. 349).

⁵⁸ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 117-118 y 183. Éste puntualiza que la tentativa relativamente inidónea representa un peligro abstracto que el ordenamiento prohíbe. El legislador determina qué tipo de acciones son, en general, peligrosas, o bien esto no es más que una *petitio principii* o falacia normativista (ídem, nota 69 al pie p. 117). Reyes Alvarado afirma que el peligro en la tentativa es jurídico o, al menos, científico, pero su vaguedad sigue siendo tal que en la determinación no puede evitarse el recurso a un criterio intuitivo (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 31).

⁵⁹ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 860-861 nm. 15.

tiene un arma con un proyectil atascado en el cargador y no puede disparar, al caso de quien apunta y efectivamente dispara, acertando al objetivo. Cualitativamente ambos casos comunican la infracción de la norma que prohíbe matar a otra persona como deber negativo genérico para vivir en sociedad.

Así pues, la idea de peligrosidad, significativa para el Derecho penal de ocuparse de toda puesta en peligro, fue refutada por Welzel al advertir que la tarea del Derecho penal no es la incolumidad de los bienes como simples piezas de museo, apelando al concepto valorativo de dañosidad social de la conducta. También la teoría de la imputación objetiva se vale del concepto de riesgo permitido para aportar criterios normativos en el enjuiciamiento del peligro. Por ejemplo, las actividades riesgosas, a pesar de su peligro para bienes jurídicos, resultan aceptadas por la comunidad por el beneficio que representan, siendo excluidas de su consideración como tentativa. Lleva razón Jakobs cuando advierte que las teorías objetivas, al atenerse al *peligro*, denominan tentativa a un *suceso contrario a las normas de policía*, no a un comportamiento punible⁶⁰. Sin embargo, la diferenciación del injusto en términos *cuantitativos*, para la mayoría de la doctrina, fundamenta distintas escalas de punibilidad.

V.2. Las teorías subjetivas. El injusto dominado por la voluntad.

V.2.a. La teoría subjetiva clásica: la tesis de von Buri y sus derivaciones.

Las teorías objetivas no podían explicar la necesidad de sancionar algunas tentativas, ni el injusto de la tentativa inidónea, puesto que no se pone en peligro ningún bien jurídico. La necesidad de fundamentar su punibilidad respondía a exigencias de derecho positivo y a motivos de política criminal, agregándose luego la adhesión a la teoría final de la acción. No era aconsejable consagrar la impunidad de todas las tentativas inidóneas⁶¹.

Puede situarse el origen de la teoría subjetiva en la dogmática jurídico-penal - coincidiendo con la entrada en vigor del Código Penal del Imperio alemán (1871) y la edición del *Lehrbuch* de Franz von Liszt (1881)-, en la sentencia del *Reichsgericht* alemán (en adelante, *RG*), del 24 de mayo de 1880. Esta marcó la finalización de la hegemonía que, desde Feuerbach,

⁶⁰ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 861 nm. 15. No obstante, en su planteamiento existe un resabio del pensamiento causal.

⁶¹ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 414; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 464 nm. 929.

gozaban las teorías objetivas. Este precedente significó un giro hacia el subjetivismo, que desembocaría más tarde en la regulación de la tentativa en el StGB alemán⁶².

La mencionada sentencia trató el caso de una tentativa de aborto realizada con un líquido de color oscuro, absolutamente inocuo para la salud del feto o de la madre, e inidóneo para producir el resultado buscado. El tribunal condenó por tentativa de aborto. La solución desestimó planteos de índole objetiva que, en diferente grado, pretendían dejar impunes las tentativas que no se mostraban peligrosas para los bienes jurídicos. Para justificar dicha decisión, la sentencia asumió los argumentos de von Buri -jurista del Tribunal del Imperio-, resumidos en dos de índole lógico-formales: la negación del peligro concreto para el bien jurídico en las acciones tentadas y la consideración de la tentativa inidónea como un error sobre elementos del tipo no concurrentes, conocido como *error inverso de tipo, o conclusión inversa*. Actualmente estos argumentos han sido totalmente descartados y esta postura no reviste importancia práctica, sino sólo histórica. Las razones de su abandono se debieron a consideraciones de carácter político-criminal⁶³.

En cuanto a la negación del peligro para el bien jurídico en la tentativa, Von Buri y el *RG* buscaban desacreditar la teoría de la causalidad hipotética de Feuerbach y la teoría de la idoneidad de Mittermaier. En efecto, bajo la teoría de la equivalencia de las condiciones sostuvieron que todas las condiciones eran iguales para la producción del resultado, equivalencia que debía mantenerse, aun cuando el efecto no sobreviniese. Era indiferente la causa por la cual faltó el resultado. De manera que debían ser punibles las conductas peligrosas (idóneas) y no peligrosas (inidóneas), sin distinguir si la inidoneidad era relativa o absoluta. El juicio objetivo de peligro no interesaba en ningún caso. Todas las tentativas eran una amalgama de resultados no suficientemente condicionados, dado que no existían diferencias cuantitativas ni cualitativas entre las condiciones. El punto de partida era que *toda tentativa es inidónea* porque no produce el resultado⁶⁴. Así, la parte objetiva del hecho resultaba irrelevante. El fundamento del injusto de la tentativa sólo podía ser la *voluntad manifestada tendiente a la lesión*. Bastaba que el o la autor/a creyera que su conducta conseguiría alcanzar el resultado. La

⁶² Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 23-24.

⁶³ Ídem, pp. 23-24. Las teorías objetivas y subjetivas comparten el manejo del concepto de peligrosidad, pero difieren sobre que debe recaer dicho juicio. Mientras los objetivistas respaldan la aplicación de sanciones ante la aparición de hechos peligrosos, los subjetivistas propugnan la intervención del derecho frente a la existencia de un peligro que está fundamentado exclusivamente en lo censurable de la intención. Dicho más precisamente, en la personalidad de la persona (conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 32-33).

⁶⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 445 nm. 34; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 862 nm. 17; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 465 nm. 930; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 29-30.

voluntad se erigía como único elemento determinante para la antijuridicidad, llegando a identificar el comienzo de ejecución con la consumación⁶⁵.

Con respecto a la creencia errónea de circunstancias no existentes se postula que debía ser imputada a la persona. Se justificaba que haber actuado conociendo las circunstancias del hecho implica una voluntad delictiva contraria a derecho. Sistemáticamente se propiciaba que si *un error de prohibición al revés* se resolvía como un delito putativo -impune-, el *error de tipo al revés* constituía una tentativa *punible*⁶⁶.

Se reconoce que la teoría subjetiva introdujo el dolo como elemento fundamentado del tipo de injusto y permitió abarcar determinadas tentativas que no eran adecuadamente tratadas desde una base exclusivamente objetiva⁶⁷.

Ahora bien, la postura de *von Buri*, materializada en la sentencia del RG de 1880, sufrió críticas. En primer lugar, se cargó contra la base metodológica del juicio sobre la peligrosidad de la acción, que se realizaba con la acción finalizada desde una perspectiva *ex post*, sin tener en cuenta el momento en que la acción había sido realizada -*ex ante*-. Esta tesitura en los delitos de peligro concreto no era practicable. A esto se agregó que los juicios de peligrosidad eran juicios de necesidad y de certeza causal, dejando teóricamente de lado un concepto de peligro normativo, de base probabilística, de carácter funcional y práctico, que caracteriza a la dogmática de los delitos de peligro. Esta última forma de enjuiciamiento del peligro la empleó, relativamente, la teoría de la adecuación y, luego, efectivamente la teoría de la imputación objetiva. En el fondo, la teoría subjetiva clásica pretendía construir una dogmática aséptica, alejada de consideraciones valorativas, compuesta únicamente de argumentos del positivismo científico imperante de su época⁶⁸.

En segundo lugar, el argumento del *error inverso de tipo* confundía la relación lógica entre condiciones necesarias y suficientes. No es jurídicamente válido razonar que *siempre* que la persona se represente las circunstancias del hecho -dolo- necesariamente la acción se imputará como tentativa punible. El dolo es una *condición suficiente*. Debería entenderse *posiblemente* en lugar de necesariamente, de lo contrario constituiría una *analogía contra reo*⁶⁹.

En tercer lugar, esta corriente no podía sistemáticamente delimitar los actos preparatorios de la ejecución, pues la voluntad tendiente a la lesión se manifiesta ya en los primeros. No todas

⁶⁵ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 26; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 445 nm. 33; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 375; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 465 nm. 930; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 30-31; Mir Puig, *Derecho Penal* (2016), p. 347. Con arreglo a la teoría subjetiva, hay que atender al peligro para la validez de la norma que supone el dolo del autor (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 861 nm. 17).

⁶⁶ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 29-30; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 375-376.

⁶⁷ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 31.

⁶⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 446 nm. 38; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 27-28.

⁶⁹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 30.

las objetivaciones de una intención contraria a la norma deben dar lugar a una tentativa punible. La simple exteriorización de la voluntad no pasa de ser un indicador más. Desde la teoría subjetiva es necesario realizar esa intención, exigiendo un *principio de ejecución* para lograr coherentemente la impunidad de la preparación al coste de recurrir a un componente de indiscutida naturaleza objetiva, lo que de ninguna manera atendía la original concepción subjetiva de la tentativa⁷⁰.

En cuarto lugar, la teoría subjetiva de Von Buri ocultaba finalidades de política-criminal para la punición de la *tentativa inidónea*. El argumento del error inverso de tipo servía para distinguir *ontológicamente* los casos de tentativa inidónea de los delitos putativos con la relación de reciprocidad paralela entre el error de hecho y el de derecho, sin alcanzar para justificar el injusto de la tentativa inidónea y la impunidad del delito putativo⁷¹. El verdadero sentido de la teoría fue sustentar porque se reaccionaba frente a la peligrosidad personal. Sólo encerraba una tendencia moralizante ante la exteriorización fracasada de la resolución delictiva. La responsabilidad debía ser la misma por estar desvinculada del éxito o fracaso del plan⁷². Esta postura demostraba una flagrante violación al principio penal del hecho, o una configuración de Derecho penal de autor por fuera de los límites de un estado de libertades.

En quinto lugar, la idea que la tentativa era una antítesis de la consumación⁷³ olvida que esta constituye un estadio previo de aquella, ya que es un ataque material al bien jurídico, aunque como puesta en peligro. Esta relación de contraposición *escinde* la tentativa de la tipicidad, *divide* dogmáticamente en dos partes independientes al Derecho penal⁷⁴.

V.2.a.1. La teoría del autor

⁷⁰ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 26-27; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 45-46; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 446 nm. 36; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 862 nm. 17; Righi, *Derecho Penal* (2018), pp. 414-415; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 32; Mir Puig, *Derecho Penal* (2016), p. 347. Sancinetti destaca que históricamente la punibilidad de la tentativa nació asociada a la de los actos preparatorios y que la fórmula del *comienzo de ejecución* del Código Penal francés de 1810 constituyó el límite garantista del Estado de Derecho, impidiendo que sean considerados una tentativa punible (conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 376-377).

⁷¹ En el comportamiento putativo existe sólo una manifestación de voluntad opuesta al derecho en la imaginación de la persona. Actualmente se trataría de la misma relación paralela entre error de prohibición y delito putativo, configurándose este último como un error de prohibición al revés.

⁷² Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 30-31. Sancinetti incide marcando que la insuficiente separación entre la atipicidad de la preparación y la ilicitud de la ejecución depende de un límite político, de una norma, y la confusión de esos planos en un común de punibilidad es conceptualmente imputable a una incompleta delimitación normativa del campo de lo prohibido. Es falso que una teoría subjetiva tenga que conducir a la punibilidad de los actos preparatorios (conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 377-378).

⁷³ En la primera es la voluntad manifestada contraria a la norma, en cambio, en la segunda el resultado.

⁷⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 446 nm. 38.

Esta constituyó una variante de orientación preventivo-especial fue esbozada por Frank von Liszt y defendida por Bockelmann. En efecto, asentó la punibilidad de la tentativa sobre la mala voluntad comprobada y la probabilidad de nuevas acciones peligrosas, que combinadas configuraban al o a la *agresor/a peligroso/a* que, bajo su representación, supera el umbral de la tentativa. Se castiga el dolo probado porque, a diferencia de la preparación, la decisión de realizar el hecho ya se había tomado⁷⁵.

Esta teoría pudo explicar la menor peligrosidad del injusto de una tentativa burdamente irracional (impunidad)⁷⁶. No obstante, se critica haber fundado exclusivamente la punición de la tentativa (y la tentativa inidónea) en la *personalidad del o de la autor/a*, dejando de lado la peligrosidad concreta de la conducta desarrollada, proyectando personalmente el peligro de reiteración. Este se fijaba en la manifestación de una voluntad enemiga hacia el ordenamiento jurídico que representaba la *personalidad antisocial* del o de la autor/a, presumiéndose que ante el error volvería a internarlo y la sociedad debía defenderse contra una *voluntad malvada*⁷⁷.

Se trató de una concepción reñida contra el derecho penal de hecho. Algunos sostienen que sólo buscó punir la tentativa inidónea⁷⁸. Sin embargo, si en los delitos consumados -en ocasiones- no existe necesidad de pena por razones preventivo-especiales, en la tentativa inidónea faltará por ausencia de peligrosidad⁷⁹.

V.2.a.2. La teoría de Frank

Esta variante de las teorías subjetivas clásicas intentó apartar la justificación del injusto de la tentativa de las conductas irreales, sin abandonar los límites de la teoría subjetiva. Partió de la voluntad contraria al ordenamiento jurídico, sobre la base de la representación de la persona, objetivada o racionalizada a través de la distinción entre el error nomológico y el ontológico.

La fórmula de Frank de la *unidad natural del comportamiento de ataque* consistía en fijar el *comienzo de ejecución* en actos que necesariamente forme un todo con la acción típica, que para una concepción natural aparecen como parte de esta⁸⁰. Esta fórmula da cuenta que la perspectiva asumida de la concepción natural del suceso se esbozaba en función de lo

⁷⁵ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 862 nm. 19; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 447 nm. 40-41.

⁷⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 447 nm. 41.

⁷⁷ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 91.

⁷⁸ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 464 nm. 929.

⁷⁹ Roxin afirma que para legitimar la punición de la tentativa debe referirse, en todo caso, a la puesta en peligro objetiva o, mínimamente, al quebrantamiento de la paz jurídica provocado (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 447 nm. 42).

⁸⁰ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 882 y 885 nm. 60 y 67.

planificado. Frank afirmaba que la norma no podía prohibir una acción realmente causal para el resultado, sino sólo, en cuanto dirigida por la voluntad de la persona, que aparezca causal a este⁸¹. De esta manera, estarían prohibidos los actos que conlleven una posible causalidad.

En efecto, Frank partió de la idea que toda tentativa inidónea consiste en un error (inverso de tipo) para diferenciar entre las tentativas *inidóneas punibles* y las *irreales impunes* según la clase de error (ontológico o nomológico) incurrido por el o la autor/a del hecho: a) si el error era sobre las circunstancias fácticas del hecho (ontológico) la acción sería punible, ya que la acción hubiera producido el resultado de haber sido llevado a cabo como se la había representado; b) si la representación partía de leyes causales inexistentes, por ejemplo, la invocación al demonio, o se erraba en la relación del medio y su potencialidad causal, por ejemplo, creer en el poder lesivo del romero, se estaba ante un error nomológico, una acción impune. Lo determinante era la acción representada, los conocimientos de quien actúa para evaluar su idoneidad⁸². Si hubiera sido posible el resultado, la situación ontológica se hubiera correspondido con la representación al tiempo de la acción, esta era idónea y la tentativa punible. Por ejemplo, quien quiere matar diluyendo arsénico en el café de su víctima, pero sirve erróneamente azúcar, realizaría una acción punible. Al contrario, quien emplea azúcar para matar no realiza una acción prohibida porque el azúcar generalmente no es apto para producir la muerte. Pero si se representa que la víctima es diabética y utiliza azúcar para matar, asume correctamente el significado de las leyes causales, incurriendo solamente en un *error ontológico* sobre el dato víctima diabética (punible)⁸³.

La teoría de Frank fue criticada por su arbitrariedad al dejar impunes acciones que debían ser punibles, y viceversa. En primer lugar, se achaca que el juicio sobre la representación de los elementos ontológicos conlleva una excesiva reducción del injusto al circunscribir la representación a los conocimientos nomológicos medios de la experiencia, a diferencia del juicio de adecuación objetivo que considera los conocimientos nomológicos de un/a observador/a objetivo/a. En segundo lugar, al enjuiciar la acción *querida* (lo que quien actúa imagina de la base fáctica) dejaría de lado si la acción realizada es o no objetivamente peligrosa. Por ejemplo, (A) planea matar a (B) disparando un rifle al paso de éste en su coche; (A) en la errónea creencia de que los cristales del coche son blindados (error ontológico) utiliza una bala de calibre superior creyendo erróneamente que lo alcanzará (error nomológico). La acción representada es nomológicamente inidónea (impune), pero la acción realizada es peligrosa (desde una perspectiva objetiva *ex ante*) para el bien jurídico. Esta teoría deja impune los casos

⁸¹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 73.

⁸² Ídem, p. 74.

⁸³ Ídem, p. 75.

de doble error (ontológico y nomológico), mientras una teoría objetiva los puniría. En tercer lugar, no consigue abarcar las acciones carentes de sentido social constituidas de las tentativas supersticiosas e irreales, por partir de la realidad óptica que percibe quien actúa y asume como dada, sin cuestionar las bases de sentido de su deducción. Por ejemplo, (A) creyendo haber recibido embarazado a (B) de un beso, introduce subrepticamente en la bebida de B un abortivo (error nomológico)⁸⁴. Si parte sólo de lo que se representa sería una acción idónea para el resultado, una conducta punible. Sin embargo, lo relevante es descartar del ámbito penal las acciones que abandonan toda comprensión racional del mundo, independientemente de un error en el curso causal o en los factores causales⁸⁵.

V.2.b. El finalismo

Las teorías subjetivas dominantes durante el finalismo y el post-finalismo (Hans Welzel, Wessels, Kaufmann Stratenwerth, y en el último tiempo Jescheck, Maurach - Gössel – Ziff, entre otros), en un intento de superación, sostuvieron que la tentativa ponía de manifiesto una *voluntad hostil al derecho*. Aunque no lesione un bien jurídico, el comienzo de ejecución es una grave perturbación del orden social. El finalismo -en mayor o menor medida- restó importancia al desvalor de resultado, enfatizando el desvalor de acción para justificar el injusto penal, y en particular de la tentativa.

Antes del finalismo, la estanca y estricta separación entre elementos objetivos y subjetivos en el injusto y en la culpabilidad empezó a desarticularse con el descubrimiento de los elementos subjetivos distintos del dolo dentro del injusto, que significó evidentemente una falencia de la sistemática causalista. Se apreciaba que en la tentativa no podía conocerse la dirección de la acción sin averiguar la voluntad, ya que esta se caracteriza por la ausencia de un resultado material. Se postuló que el dolo constituía un elemento del tipo del delito intentado y que la resolución de cometer un delito debía ser un elemento subjetivo del injusto⁸⁶, dando paso a la posterior teoría final de la acción.

La teoría de la acción final de Welzel postuló que la acción es actividad dirigida finalmente. El ser humano, sobre la base de su conocimiento causal, prevé las consecuencias de su actividad, dispone sus fines y actúa en dirección a estos. La acción es intencionalidad.

⁸⁴ Ejemplo adaptado a la reciente ley 27.610 en Argentina (B.O. 15/01/2021), que despenalizó la interrupción voluntaria por la mujer del embarazo hasta la semana catorce de gestación, convirtiéndolo en legal y gratuito, modificando el antiguo artículo 85 del Código Penal vigente desde el original código de 1921.

⁸⁵ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 81-83.

⁸⁶ Ídem, pp. 40-41.

Esta le otorga sentido. La voluntad es elemento esencial de la acción. El carácter final de esta es una estructura lógico-objetiva (realidad ontológica previa al Derecho) que el o la legislador/a debe respetar en la configuración de los tipos penales. En consecuencia, las normas no pueden prohibir meros acontecimientos causales, sino que deben dirigirse a la voluntad de las personas, prohibiéndoles u ordenándoles la realización de determinadas acciones. El carácter final de la acción se muestra ya en la tentativa. El injusto de la tentativa se construye en clave de finalidad⁸⁷.

El origen del finalismo, en opinión de Silva Sánchez, se hallaba -al menos en parte- en la misión que debía realizar el Derecho penal, a juicio de Welzel, como *protector de los valores ético-sociales de la acción*⁸⁸. La lesión de deber como contradicción de estos fue entendida de la siguiente manera⁸⁹: a) la manifestación de voluntad dirigida al resultado desvalorado caracteriza el *desvalor de acción*, suponiendo el acto ya un quebrantamiento del valor como núcleo del injusto; b) el *desvalor de resultado* es parte del injusto con *carácter secundario*, dependiente del primero; c) el *merecimiento de pena* viene dado por el desvalor de acción que contiene el quebrantamiento de los valores de la actitud jurídica; d) la antijuridicidad (material) se deriva, antes que de los bienes jurídicos, en el *aseguramiento de la vigencia de los valores ético-sociales* del acto según la conciencia ético-jurídica de la comunidad; e) el fin de aseguramiento se lleva a cabo a través de la *imposición retributiva de la pena* como forma del juicio ético-social del o de la ciudadano/a, que fortalece su *actitud fiel al Derecho*. En la concepción filosófica jurídica de Welzel, la persona pasa a un segundo plano, acentuándose el reproche penal en la importancia y protección de la comunidad y el Estado como portadores de valores esenciales⁹⁰.

El finalismo se impuso producto de los problemas de la anterior corriente causalista a la hora de integrar la tentativa en el sistema de la teoría del delito, ya que aquél partía de una concepción exclusivamente objetiva de la antijuridicidad, conformando el injusto sobre un dogma causal (la modificación del mundo exterior subsumible en la ley), que relegaba a la culpabilidad todo elemento de naturaleza subjetiva⁹¹. Incluso, el *RG* daba cuenta que la teoría

⁸⁷ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 48 y ss.

⁸⁸ Conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), p. 62.

⁸⁹ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 52 y ss.

⁹⁰ Alcácer Guirao opina que el fortalecimiento de la moralidad del ciudadano está comprendida parte de lo que hoy se considera la prevención general positiva. La norma se convierte en instancia simbólica protegida por la pena y esta pasa a ser una reacción simbólica -negación de la negación- para al restablecimiento de la vigencia del valor ético-social (conf. *La tentativa inidónea* (2013), nota 180 al pie p. 54).

⁹¹ La teoría causalista tuvo el inconveniente de postular que en la tentativa el desvalor de la acción estaba en el injusto, pero cuando la acción alcanzaba la consumación se situaba en la culpabilidad. La punición de la tentativa (incluida la inidónea) en la tipicidad, como acción que no produce un resultado exterior, era una contradicción sistemática para la fundamentación estrictamente objetiva del injusto. En este sentido, los partidarios de la *teoría de los elementos subjetivos del tipo* consideraron que estos eran de carácter excepcional (conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 41-42 y nota 109 al pie). Al respecto, Sancinetti indica que el denominado *argumento de la tentativa* de Welzel consistía en que, si el contenido de la voluntad es necesariamente

subjetiva manifestaba el carácter excepcional de la punición de la tentativa, entendiendo que sólo puede ser la voluntad el objeto contra el que se dirige la ley⁹².

Sistemáticamente se entendió que el dolo era el mismo en la tentativa y en la consumación. No existía razón formal ni material para excluirlo. En efecto, los tipos penales están redactados a partir de formas consumadas, interpretándose que la tentativa es una cuestión de mera técnica legislativa, no ontológica. El traslado del dolo al injusto permitió el desarrollo de la *teoría del desvalor de acción*, pasando a ocupar la tentativa un lugar central.

No obstante, aunque no prejuzgaba la desvaloración de la voluntad manifestada, se señala que el dato ontológico de la estructura lógico-objetiva de la acción final incurre en una *falacia naturalista* por derivar el deber ser a partir del ser. La decisión valorativa en Welzel solo puede inferirse de una premisa también valorativa: “la conducta prohibida contraria a la ética social es el contenido genérico de desvalor de toda norma, no la lesión de un bien jurídico”⁹³. No puede justificar la concepción ontológica de la acción que el delito (ergo, el injusto) se aleje de la idea de lesión de intereses individuales (de bienes jurídicos) para emparentarse como lesión de deber en la contradicción con los valores ético-sociales que las normas del ordenamiento jurídico tutelan, lo cual viene dado por la finalidad que Welzel le atribuye al Derecho penal⁹⁴.

En particular, justificó el injusto de la tentativa inidónea sosteniendo que representaba la lesión del ordenamiento jurídico como poder configurador del orden por medio de una voluntad que comenzaba la ejecución de un delito. Este era un acto insoportable para el ordenamiento. Sin embargo, Welzel postuló cierta gradación del desvalor de acción con la idea de *peligro* de la conducta, no asemejado a lo causal-naturalístico, sino -al contrario- a lo simbólico en relación con el ordenamiento jurídico en su conjunto. La voluntad manifestada conllevaba un *significado* de serio peligro para este. El desvalor de acción es expresión de significado contrario a la vigencia ética del ordenamiento⁹⁵.

No obstante, Welzel debió admitir cierta diferenciación en los niveles de intensidad del peligro, en la relación de desvalor entre la tentativa idónea e inidónea y entre la tentativa y el delito consumado. Cuanto mayor es la idoneidad de la conducta, más intensa la energía criminal desarrollada por la persona. Cuando la acción abandona toda base de realidad se convierte en

una parte integrante de la acción en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produce el resultado (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 362).

⁹² Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 40-41.

⁹³ Opone Welzel una comprensión de la moral derivada del origen mismo de la acción, de naturaleza deontológica, constitutiva de una *ética del acto*.

⁹⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 51.

⁹⁵ Ídem, p. 54.

una voluntad sin merecimiento de pena, debido a que no puede conmocionar la realidad del derecho⁹⁶.

Las críticas se encaminaron a dejar en evidencia en el sistema del delito de Welzel la falta de criterios claros entre la punición y la impunidad. En efecto, el dolo penalmente relevante sólo puede encerrar una voluntad con poder de realización, que en la consumación implica mayor energía criminal (una presunción). El dolo de la tentativa siempre representaría menor intensidad, por ende, menor desvalor de acción. Paralelamente, cuanto mayor sea la idoneidad de la conducta, más intensa la energía criminal desarrollada. Esto fue negado por Welzel postulando que el reproche es el mismo para el desvalor de resultado y de acción, inclusive si fuera dependiente de este último. Afirmaba que el desvalor de la acción como tal no puede ser incrementado por el desvalor del resultado, ni disminuido por su ausencia. Por ejemplo, la intención de matar (dolo) clavando agujas en un muñeco de trapo es tan *intensa* (autor/a convencido/a de la efectividad de su acción) como quien clava un cuchillo en el estómago de la víctima. Con esto, Welzel no pudo sortear la punibilidad de la tentativa supersticiosa (presencia del desvalor de acción), porque la persona supersticiosa tenía dolo de matar. Tuvo que justificar su impunidad predicando la nula energía criminal y la falta de merecimiento de pena, contrariando sus propios principios, incluso el estricto concepto final de acción⁹⁷.

Conforme las críticas expuestas, por un lado, el fin del Derecho penal de aseguramiento de la vigencia de los valores ético-sociales de la acción y el fortalecimiento de actitudes fieles al derecho representó la introducción de criterios moralizantes, rechazables por el excesivo intervencionismo que representa para la esfera de autonomía privada de las personas. Por otro lado, ese aseguramiento buscaba brindar una protección eficaz de los bienes jurídicos, a costa de adelantar el ámbito de punición a conductas que no suponían una mínima peligrosidad concreta, como lo demostró el tratamiento hacia la tentativa inidónea, cuya *acción no peligrosa* podía quebrantar la vigencia de valor ético-social. Ahora bien, Welzel debió emplear el criterio de la *energía criminal* para distinguir entre grados de peligrosidad y matizar el disvalor de acción, sin desvincularse totalmente de la presencia del disvalor de resultado en el injusto (influencia del dogma causal)⁹⁸.

Sin embargo, el sistema finalista de Welzel permitió superar el salto sistemático del dolo de la culpabilidad al injusto, condicionado por el resultado. Demostró que era inválido el apotegma de que el dolo implicaba (por regla) mayor riesgo debido a que la persona podía

⁹⁶ Como puede advertirse, la postura de Welzel sobre la tentativa inidónea se ubica en torno a la teoría de la impresión y las teorías afines a la prevención general positiva. Esta comprensión de la acción y del delito de ascendencia hegeliana la continuó Jakobs en la construcción de su sistema de la teoría del delito inspirada en la prevención general positiva.

⁹⁷ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 55-56; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 380.

⁹⁸ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 59-60; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 380-381.

influir sobre el curso causal⁹⁹. Un ejemplo de esto son los casos de *tentativa fracasada*, que objetivamente demuestran menor disvalor que un delito imprudente consumado. El caso de dos cazadores que tiran sobre la misma víctima, uno por error la confunde con un animal y el otro lo hizo porque se trataba de su enemigo, pero ninguno acierta. El cazador que actúa imprudentemente *ex ante* genera el mismo peligro que el otro que actuó con conocimiento de la situación cuyo disparo desvió (tentativa fracasada). La idea que el dolo es *ex ante* peligroso resultaba inexplicable para fundamentar uniformemente el injusto. El dolo no presupone mayor riesgo que el comportamiento imprudente. En este punto, las concepciones subjetivistas fracasan¹⁰⁰.

Como mérito, la teoría final de Welzel permitió dejar de lado definitivamente el sistema de Liszt/Beling, ya que consolidó la idea de que el injusto estaba constituido por elementos personales, subjetivos (la voluntad expresada a través del dolo, y otros componentes ultra intencionales), juntamente con elementos objetivos, descriptivos o normativos. Fracasaba toda interpretación causal de la acción, pues necesariamente el contenido de la voluntad es una parte integrante de esta en la tentativa y seguiría siéndolo con el resultado producido.

V.2.c. La Escuela de Bonn

Esta corriente representó en Alemania, con Armin Kaufmann y Dietrich Zielinski, y en Argentina con Marcelo Sancinetti, la versión más radicalizada del finalismo y del subjetivismo. Con base en el reconocimiento sistemático de los elementos subjetivos dentro del injusto y la consolidación de la configuración del dolo como componente de la tipicidad para explicar en igual medida el delito tentado y el consumado¹⁰¹, el finalismo extremo intentó ir más allá. Enarbolaron los postulados de Welzel al punto de negar relevancia al desvalor de resultado y subjetivizar totalmente el desvalor de acción, que pasó a configurarse como un desvalor de la intención que funda autónomamente el injusto, mediante la idea de que todo el contenido de este está dado por la tentativa acabada como dolo de hecho¹⁰². De tal modo que negaron

⁹⁹ La idea que *ex ante* el comportamiento doloso, tentado o consumado, es más riesgoso (mayor disvalor objetivo) que uno imprudente.

¹⁰⁰ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 365-366. Jakobs señala que la acción dolosa abre la posibilidad de tentativa, sin que haya que apartarse del requisito de producción de resultado en la parte que se haya de originar imprudentemente; inclusive el dolo directo puede objetivarse escasamente. Asimismo, es posible la tentativa con combinaciones dolo-imprudencia no cualificantes cuando la consecuencia no se produce, pero esta abarcada por el dolo, o se produce imprudentemente durante la tentativa de la parte dolosa (conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 867-868, nm. 25 y 27, y nota 34 al pie pp. 866-867).

¹⁰¹ Sin dejar de lado las críticas en torno a la lesividad de la tentativa inidónea, la tentativa irreal o supersticiosa.

¹⁰² Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 414; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 381. Según Alcácer Guirao subyace aquí el argumento formal del error inverso de tipo del RG de 1880 y Von Buri, con las críticas ya vistas (conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 30).

cualquier función al disvalor de resultado en el injusto, para lograr fungir única y exclusivamente la intervención del Derecho penal en el *disvalor de la acción*.

Esta propuesta dogmática halló sus cimientos en la teoría de las normas¹⁰³. En líneas generales, se orientaron por un modelo de norma penal con funciones de determinación, de motivación de conductas. Este sistema, a su vez, deriva de un juicio de valoración previo del fin que el ordenamiento jurídico persigue: la protección de los bienes jurídicos. Para Kaufmann y Zielinski el resultado es desvalorado en tanto implique la lesión de un bien jurídico, y la acción es desvalorada en tanto se dirija a la realización de ese resultado. Por lo tanto, el *desvalor de la acción* está vinculado al bien jurídico¹⁰⁴.

Las consecuencias axiológicas fundamentales del desvalor de acción fueron dos: 1º) el resultado no pertenece al injusto, y 2º) el desvalor de acción se agota en la valoración final, que lo convierte en desvalor de la intención, único que conforma el injusto. Veamos como llegaban argumentativa a estas dos premisas.

Esta corriente postulaba que las normas penales no pueden prohibir causaciones de resultados porque no pueden ser abarcados por la finalidad, pero sí las prohibiciones de las normas que se dirigen a las acciones que persigan la lesión de bienes jurídicos, conminando a la voluntad a no realizarlas (*acciones que no deben ser*). A esa evitación circunscribe el objeto de la prohibición, el contenido del injusto¹⁰⁵.

Por otro lado, la acción final identifica el comportamiento de alguien que es capaz de acción, que puede representarse la actividad final prohibida¹⁰⁶. Para que la norma se transforme en deber para el o la autor/a en un caso concreto (motivación de evitación) sostenían que no era necesaria la existencia real de los elementos de la acción, o la posibilidad real que el resultado se produzca, porque la norma como pauta de motivación no puede depender de circunstancias objetivas. Sólo la prohibición abarca las circunstancias incluidas en la relación de finalidad que el o la autor/a se representa como reales. Por ejemplo, quien cree que en la cama (vacía) hay recostada una persona y la pistola que empuña (descargada) está lista para disparar, es capaz y estaba en situación de actualizar su finalidad y evitar el resultado muerte de otra persona¹⁰⁷.

De este modo, el injusto se erigió como acto final contrario a deber, que se agotaba en él. Quedaba fuera de consideración toda referencia objetiva, exterior a la representación, sobre la

¹⁰³ Alcácer Guirao señala que Kaufmann y Zielinski afirmaban que no existe un concepto ontológico de acción o, en cualquier caso, no es relevante para el Derecho penal (conf. *La tentativa inidónea* (2013), nota 204 al pie p. 61).

¹⁰⁴ Ídem, pp. 60-61.

¹⁰⁵ Ídem, pp. 61-62.

¹⁰⁶ La existencia del objeto, las modalidades de la acción y el dominio del curso causal según la representación de quien actúa para desembocar en el resultado.

¹⁰⁷ Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 62; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), p. 34.

peligrosidad *ex ante* de la conducta o el efecto que podía generar en la sociedad¹⁰⁸. La antijuridicidad se definía como contradicción de la voluntad con el ordenamiento. El injusto no trascendía de la relación psicológica persona-norma. Esto llevó a que la tentativa punible se presentara como *puro tentativa de desvalor de acción* en la tentativa acabada y otro incompleto en la tentativa inacabada. Consecuentemente, emparentaron el delito consumado y la tentativa acabada como formas delictivas que atentan contra la misma norma. El reparo que hacían fue que sólo el delito consumado era equiparable a la tentativa acabada, en cuanto al contenido del desvalor de acción¹⁰⁹.

Sin embargo, esta posición tuvo críticas. En primera medida, la asunción estricta del *desvalor de intención* traía aparejado inevitablemente la *punición de los actos preparatorios*, a pesar de que la voluntad delictiva se manifiesta alejada de la proximidad de realización típica. Para evitar este inconveniente debieron recurrir valorativamente a criterios objetivos correctivos como *la proximidad de la realización típica* o *la inmediata puesta en peligro para el bien jurídico*¹¹⁰.

En segunda medida, tuvo un inconveniente insuperable. Conforme sus argumentos, eran punibles *la tentativa irreal y supersticiosa*. En efecto, Kaufmann postuló que el juicio de antinormatividad venía determinado únicamente por el sentido que el dolo da al hecho. Esta comprensión puramente subjetiva del injusto agotaba su relevancia en una exclusiva relación entre la persona y el deber, renunciando a toda referencia objetivable, lo que impedía la diferenciación entre grados de injusto. Al igual que Welzel, para Kaufmann la tentativa supersticiosa pasaba a ser un injusto (dolo) merecedor de pena. No obstante, debió acudir al criterio corrector de la necesidad de pena en el caso concreto como dato externo al injusto. En efecto, *la ausencia de necesidad de pena* estaba signada por el grado mínimo de antijuridicidad del hecho sobre una base preventivo-general del quebrantamiento del valor ético-social. Se presumía que una acción supersticiosa no alteraría las convicciones ético-jurídicas,

¹⁰⁸ Sin embargo, Sancinetti sostiene que Zielinski hizo concesiones al desvalor de resultado en las condiciones de punibilidad (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 382).

¹⁰⁹ Sancinetti recuerda que Zielinski expresaba que una línea de distinción cualitativa en el plano del ilícito no corre entre el delito tentado y el consumado, sino entre la tentativa inacabada y la acabada, a lo que agrega el comentarista que debe entenderse a *la tentativa acabada* y *la tentativa inacabada* como sinónimos del delito consumado y de la tentativa acabada, respectivamente, de la doctrina clásica del causalismo positivista. Asimismo, afirma que el verdadero aporte de la Escuela de Bonn consistió en demostrar que el desvalor de acción era graduable, según su realización progresiva, y que sólo la tentativa acabada cumplía con todo el contenido del ilícito por la situación de equivalencia con lo prohibido por la norma de la consumación (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 383).

¹¹⁰ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 25. Reyes Alvarado observa concretamente que la concepción subjetiva resultaría incompatible con el *iter criminis* que está construido por la intención delictiva, pero que el desarrollo de los actos preparativos, ejecutivos y consumativos es estrictamente objetivo (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 47). Sancinetti argumenta que esta dificultad existe en cualquier explicación acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa, porque desde la ideación hasta el agotamiento hay un continuo donde cualquier barrera para identificar el acto que constituye el comienzo de ejecución será más o menos arbitrario, aprehensible fenomenológicamente (según los casos) con criterios dependientes del tipo penal, que nunca son definitivamente seguros (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 390).

pretendiendo excluir a esta con carácter general del ámbito de la punibilidad¹¹¹. Así pues, la *exclusión* de la tentativa supersticiosa no pudo ser resuelta en el ámbito de la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, sino sólo en la sancionabilidad y en función de fines de prevención para casos particulares.

Se señala que el subjetivismo confundió la norma como directriz de conducta susceptible de motivar al destinatario con la prohibición de causación de resultados. Según Alcácer Guirao, esta última debe basarse en un juicio objetivo de la acción conforme el criterio de un/a espectador/a medio/a capaz de aportar un ámbito de racionalidad comprensible a todos/as los/as destinatarios/as de la norma, sin que ello implique un *minus* de eficacia motivatoria. El o la autor/a deberían poder determinar previamente a la realización de la conducta si ésta está prohibida, ya que sólo podrá ser imputados los efectos de una acción que eran previsibles al momento de su realización, toda vez que la prohibición está vinculada a una expectativa racional, intersubjetivamente compartida, relativa a las posibilidades de producción que se debe evitar. Por más que la persona crea que su acción es racional y objetivamente adecuada para el resultado (*dolo*), cuando no lo sea, no habrá realizado una acción prohibida. Sólo habrá querido realizar una acción prohibida. Es la norma, no la persona, lo que determina lo penalmente relevante¹¹².

En tercer medida, Kaufmann intentó corregir con la ausencia de necesidad de pena las consecuencias sistemáticas contraintuitivas sobre la *tentativa inidónea*, que había pasado a ser el *prototipo de injusto* (la conducta mínima fundamentadora del merecimiento de pena era la voluntad contraria a la norma). Por esto, el análisis de la idoneidad de la conducta no integraba la acción final (el injusto), sino que debía realizarse en la punibilidad y medirse mediante criterios de necesidad de pena¹¹³.

En cuarta medida, en la *tentativa inacabada* conceptual y sistemáticamente el desvalor de acción no concurría en su totalidad. En efecto, esta era caracterizada como la realización completa de lo pretendido en la resolución criminal. Todavía resta voluntad de decisión sobre la finalización del hecho. Ahora bien, los partidario de esta corriente no podían explicar por qué se debía imponer una sanción penal si faltaba completar el desvalor de acción. Este sólo servía para explicar la punibilidad del delito consumado (*tentativa acabada* para el finalismo), pero no en la tentativa (*tentativa inacabada* en el finalismo). Nuevamente debieron -

¹¹¹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 63; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), p. 43.

¹¹² Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 66 y ss. En esta idea, Alcácer pretende excluir la tentativa irreal como tentativa punible, pero -a la vez- abarcar el injusto de la tentativa inidónea a través de un juicio de peligrosidad normativizado

¹¹³ Ídem, pp. 62-63. Zielinski afirmaba que sólo la relevancia del injusto y la culpabilidad fundamentan materialmente el merecimiento de pena, mientras que todas las demás condiciones forman la punibilidad, los criterios de la necesidad de pena (ídem, nota 220 al pie p. 63).

incoherentemente- recurrir a atenuar la punibilidad de la tentativa inacabada por razones de menos merecimiento y necesidad de pena con relación a la tentativa acabada¹¹⁴.

Vemos como el finalismo extremo elevó al máximo el reproche del injusto de la tentativa a través de la idea de que el resultado (consumación) era indiferente para el merecimiento de pena, aunque no para la necesidad de pena. Dicho juicio de valoración dejaba fuera cualquier otro elemento que no fuera la voluntad, el dolo exteriorizado.

V.2.d. La teoría personal del ilícito.

Enmarcado en los principales postulados de la escuela de Bonn, compartiendo estrechamente las ideas de Zielinski, Sancinetti erige en el disvalor de acción la base de la formulación de una teoría personal del ilícito de la tentativa. Como se mostró en el apartado III.5.a., este autor sostiene la posibilidad teórico-normativa de una gradación progresiva del disvalor de acción en función del carácter progresivamente constitutivo del dolo para distinguir el mayor o menor contenido del injusto según el curso de la voluntad (el desarrollo del plan de acción). De este modo, se opone a la opinión que el ilícito referido sólo al disvalor de voluntad tienda, necesariamente, a la imposibilidad de distinguir entre la preparación y la tentativa, pues señala que esto se apoyaría en la idea de que no es posible distinguir entre distintos pasos de la decisión de voluntad (desarrollo del disvalor de acción) bajo el argumento que el comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido pone de manifiesto toda la rebeldía frente al ordenamiento jurídico.

Sancinetti sostiene que identificar el dolo de la tentativa con el dolo de la consumación (que Struensee denominó el *dogma de la identidad*) no es correcto. Según este, sólo el dolo de la tentativa acabada se equipara al delito consumado. El argumento (tomando como ejemplo el homicidio) es que la *decisión actual*¹¹⁵ de matar sólo existiría en el impulso final de la voluntad (el último paso de acción), con el mismo juicio de disvalor impartido por la misma norma. Por este motivo, la diferencia normativamente relevante se situaría entre el dolo de la tentativa inacabada y la acabada, ya que cada una de las decisiones -según el plan de acción- anteriores a la última contienen un juicio de valor de menor gravedad¹¹⁶. Una vez que se toman cada una

¹¹⁴ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 41-42.

¹¹⁵ La *decisión actual* cabe interpretarla como acción objetivamente exteriorizada, como comienzo de ejecución, pues sólo interesa la configuración de la decisión puesta en práctica (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 869 nm. 29).

¹¹⁶ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 410-411 y 414-416. Roxin, por ejemplo, identifica el dolo de la tentativa y del hecho consumado (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 456 nm. 71). Jakobs explica que en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún ejecutada y, en esa medida, existe un déficit en la voluntad de ejecución frente a la tentativa acabada y la consumación. O bien la tentativa inacabada significa la realización del tipo, por ejemplo, matar a otro,

de las decisiones parciales puede suceder que no se concrete la decisión final en la realidad. Sancinetti considera que esto es un aspecto causal que no debe ser tenido en cuenta en el disvalor del injusto. Sólo se debe considerar las decisiones anteriores a la última como voluntad de querer seguir actuando, que Struensee denominó la *decisión de perseverar*¹¹⁷.

Por otra parte, Sancinetti postula dos planos de enjuiciamiento para diferenciar entre la tentativa acabada y la inacabada: el primero es la *progresión interno-externa* y el segundo está en la *progresión interno-interna*. Con esto pretende distinguir los *actos preparatorios*, descartando la relevancia penal de la mera decisión que no haya sido seguida de una decisión actual integrada en un juicio normativo. Justifica la tentativa inacabada como ilícito de menor entidad, argumentando que se trataría de un delito mutilado de varios actos¹¹⁸. En efecto, el *dolo* sería la voluntad de realización que se ejecuta y la intención interna trascendente (especial elemento subjetivo del ilícito) correspondería a la voluntad de perseverar después de agotado el paso presente ejecutado con dolo. Entiende Sancinetti que su posición no afectaría al *argumento de la tentativa* de Welzel, pero sí fricciona sobre el *dogma de la identidad*¹¹⁹.

Sancinetti intenta justificar la diferenciación de punibilidad entre la tentativa inacabada (incompleta) y la tentativa acabada (completo disvalor de acción) apelando a las necesidades de política criminal que extienden la prohibición de la acción hasta la tentativa en formación, o sea hasta los *pasos previos*, pero sin comprender a los *actos preparatorios*. La punibilidad de la tentativa incompleta -aclara- se insertaría siempre en un ámbito de legitimación más precario, del mismo modo que la punibilidad de los actos preparatorios en los delitos de emprendimiento (excepcional), pues sólo cuando la tentativa ha sido agotada, su punibilidad coincide plenamente con el delito consumado¹²⁰.

Ahora bien, los actos preparatorios tipificados -puntualiza Sancinetti- se valoran negativamente por una norma distinta (injusto diferente) a la del acto ejecutivo (norma de la tentativa inacabada). En su opinión, el acto ejecutivo tiene que estar sometido al juicio de valor de una norma distinta que la consumación (tentativa acabada). A su juicio, ambas normas anticipatorias (la preparación tipificada y la tentativa inacabada) son dependientes del mismo

y la falta de desarrollo del aspecto subjetivo es de naturaleza meramente cuantitativa, o no realiza el mismo tipo y su contenido es cualitativamente diverso que la consumación (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 866 nm. 24 y nota 33b al pie).

¹¹⁷ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 416.

¹¹⁸ Esta categoría dogmática hace referencia al contexto de sucesos objetivos desdoblados en varios actos, cuando el juicio de disvalor recae sólo sobre una parte de esos actos, configurándose formalmente como delitos consumados, pero estructural y materialmente se tratan bien de una tentativa inacabada o un acto preparatorio, desde el punto de vista de afectación a un bien jurídico.

¹¹⁹ Conf., *Teoría del Delito...* (1991), pp. 417 y 419-420 y nota 172 al pie. Zielinski afirmaba que no es seguro, antes de la terminación del acto, si el objeto del juicio de valor -base de la prohibición- será realizado en toda su extensión (ídem, nota 164 al pie de p. 418). Para más detalles ver Capítulo III apartado 5.a. (pp. 31-36).

¹²⁰ Ídem, p. 384.

juicio base de valor de la norma máxima de la tentativa acabada o consumación, como derivación conceptual de la relación necesaria entre juicio de valor y norma¹²¹.

Dado lo anterior, existirían tantas acciones como pasos de decisión, según el plan criminal, y tantas normas infringidas como pasos de voluntad requiera aquél. En efecto, el injusto podría dividirse conceptualmente en tantas normas como pasos de acción necesarios según el plan de quien actúa. La tentativa inacabada necesariamente debería presentar menor gravedad, ya que no puede lograr la consumación -por sí sola-, pero representa la ejecución de parte los actos decididos. Con lo cual queda intangible la relación entre juicio de valor y norma, justificando el diferente tratamiento penológico entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada mediante un razonamiento inferencial *a minore ad maius*, ya que se tratarían de tipos penales estructuralmente diferentes en el tipo subjetivo y objetivo¹²².

Ahora bien, la construcción del tipo penal de la tentativa inacabada implica que cada paso de acción vulnera una norma derivada distinta, por lo que existirían tantos tipos subjetivos -distintos en cuanto al dolo- como pasos de acción, a los que les correspondería un tipo objetivo diferente. Según Sancinetti, el tipo objetivo cumple sólo una función de referencia del dolo. El o la autor/a tendría dolo en relación con cada paso de acción que se realiza actualmente, mientras respecto de los pasos futuros -hasta el último inclusive- la estructura subjetiva se completa con la intención interna trascendente como elemento subjetivo distinto del dolo. La consecuencia directa de esta especial conformación del tipo subjetivo sobre el tipo objetivo sería que a medida que *progrese el dolo*, el tipo objetivo de referencia será también mayor, hasta la plena identificación con el tipo objetivo de la tentativa acabada. Explicado con un ejemplo, la persona que en su plan piensa matar mediante el suministro diario de una gota de veneno, se explica, debe partir primero del marco objetivo del tipo de la norma de la tentativa acabada, preguntándose ¿cuál era, a juicio del o de la autor/a, la gota que ya podría ser posiblemente suficiente para tener efectos mortales? Sobre esa base se construye el tipo de la tentativa inacabada, partiendo del comienzo de ejecución con el suministro de la primera gota de veneno con la esperanza de agregar otras gotas más suficientes para matar. Sancinetti afirma que el verdadero *dolo* se daría en la tentativa acabada, antes sólo existiría un *dolo de peligro* hasta que la persona actuante advierta que el resultado sea posible¹²³.

¹²¹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 421. Para más precisiones sobre las normas de conducta vulneradas por la fragmentariedad subjetiva y el correspondiente ámbito de referencia del dolo (ver Capítulo III apartado 5.a., pp. 31-36).

¹²² Ídem, pp. 422-424. Sustenta su pretensión teórica en la obra de Struensee, quien reconoce que en la tentativa inacabada subyace otra norma de valoración que la acabada, que no está abarcada por la misma norma de determinación que prohíbe acabar la tentativa.

¹²³ Ídem, pp. 425-426 y 429. El resultado integra el tipo objetivo porque constituye el marco de referencia del dolo en el tipo de error (ídem, nota 183 al pie p. 425).

Lo anterior se relaciona con los casos de anticipación del resultado¹²⁴ y *dolus generalis*. Continuando con el ejemplo de las gotas de veneno, el resultado muerte se produciría en la tercera gota antes de la quinta (lo planificado). Para la doctrina tradicional, según el *dogma de la identidad* como califica Sancinetti, el autor dio comienzo a la ejecución del plan con dolo de homicidio, el mismo que en el delito consumado, siendo irrelevante el desvío del curso causal. Sancinetti critica esta solución. Considera que encierra una presunción de un derecho penal de la personalidad: la persona hubiera actuado igual que si hubiera conocido el desenlace. Al contrario, bajo la idea de progresividad del dolo, afirma que falta el dolo de consumación porque no se llegó a tomar la decisión actual de afectar realmente el objeto de bien jurídico, y habría que imputar una tentativa inacabada de homicidio, en concurso ideal, con homicidio imprudente¹²⁵.

Ahora bien, el caso común de *dolus generalis*¹²⁶ es el de quien erróneamente supone que la víctima está muerta (sólo se encontraba inconsciente), la arroja al río para ocultarla, momento en que esta muere ahogada por inmersión. El problema es que el dolo del hecho quedó en tentativa y cuando lo consumó actuó sin dolo. Sancinetti carga contra la solución de Welzel¹²⁷, quien distinguía si la persona desde el comienzo de ejecución había pensado realizar el segundo acto entonces hay consumación dolosa o, en cambio, si esta sobrevino por una decisión ulterior hay tentativa en concurso con consumación culposa. A parte, si el resultado se produjera en las acciones preparatorias se resuelve como delito culposo. Según Sancinetti, al contrario, debe responder por *tentativa acabada de homicidio*, con la misma pena que si lo hubiese consumado (el resultado no agrega nada al ilícito) y además concurría idealmente con homicidio imprudente (aquí el resultado si importa). Asimismo, para el supuesto de *aberratio ictus*, por ejemplo, (A) dispara contra (B), pero mata a (C), Welzel lo resolvía como delito consumado si la posibilidad de desviación del curso causal estaba dentro del marco de la causalidad adecuada y el resultado provocado era típicamente equivalente al querido. En cambio, Sancinetti mantiene la misma solución que en los casos de *dolus generalis*: imputar tentativa acabada de

¹²⁴ El resultado se produce antes de que la persona lleve a cabo el último acto que creía suficiente para causarlo.

¹²⁵ Roxin apoya excepcionalmente la solución de Sancinetti en el caso de que el plan esté predeterminado a una forma de actuar (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 455 nm. 69). En general, rechaza absolutamente el resto de las conclusiones afirmando que las consecuencias en el desistimiento difieren en los casos de *dolus generalis*, pues la persona que considera que falta aún la realización de posteriores pasos de su plan, no tiene dolo de consumación, no puede ser penado por consumación. En cambio, si asumió desde el primer acto inicial la muerte de la víctima, su producción prematura no significa un desvío esencial en el curso causal, por lo que debe ser penado por consumación. El dolo de la tentativa tampoco se diferencia del delito finalizado porque se exige que esté dirigido a la consumación, a la afectación del bien jurídico típicamente protegido y a la realización de aquellos elementos que completan el tipo legal. Si quien actúa carece de dolo, no será penado (ídem, pp. 454-459 nm. 63-64 y 80).

¹²⁶ El resultado fracasa para la persona luego de realizar el último acto (tentativa acabada), que con una acción ulterior consume sin dolo.

¹²⁷ Según Sancinetti, influido por el dogma resultatista de penar por delito consumado a la tentativa (mito primario del resultado).

homicidio con la pena del delito consumado por actuar contra (B), en concurso ideal, con homicidio imprudente por la agresión a (C)¹²⁸. Justifica particularmente que el tipo objetivo no tiene ninguna diferencia entre el delito doloso y el imprudente (algo en lo que Pawlik coincide parcialmente). La imputación es consecuencia de que la voluntad existente en la *preparación* se distingue subjetivamente de la ejecución y, a su vez, de la consumación. La solución de Welzel de imputar delito imprudente tendría que ser válida para toda anticipación del resultado en un momento anterior a que la persona hubiera tomado la decisión final (posibilidad de producción actual del resultado). De este modo, el injusto de la tentativa inacabada es *meramente preparatorio*. Para no incurrir en ese error, Sancinetti postula que los casos de anticipación deben ser resueltos por las *reglas del error de tipo*, pues sólo hay dolo de peligro, no de resultado. Según Sancinetti el disvalor de acción incompleto de la tentativa inacabada queda inalterado. Sobre lo remanente sólo es posible imputar un hecho imprudente. Una teoría objetiva, con la persona muerta imputaría el resultado doloso (lo presume). Por esto denuncia que la teoría de la imputación disimula la tendencia a interpretar las desviaciones sobre el curso causal como una auténtica responsabilidad objetiva¹²⁹.

V.2.e. Síntesis. Valoración crítica del subjetivismo

Una de las razones que llevaron al auge a las teorías subjetivas fue la incapacidad de las teorías objetivas¹³⁰ de aportar para la tentativa inidónea un criterio de enjuiciamiento uniforme y práctico, que se adapte a las necesidades político-criminales. Otra fue la dificultad de la teoría clásica de integrar sin fricciones sistemáticas un modelo de antijuridicidad objetiva para las acciones que no producen el resultado. La importancia de la teoría subjetiva clásica fue abrir un puente para algunos planteos de la teoría finalista sobre el injusto de la tentativa¹³¹.

Ahora bien, las principales críticas a estas tesis, insalvables a mi criterio, se aglutinan en: a) la tendencia a la incriminación de los actos preparatorios (anticipación de la punibilidad); b) la equiparación de la punibilidad de la tentativa con la consumación¹³²; c) no poder explicar por

¹²⁸ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 431-432. Jakobs, para los casos de falta de dolo en el momento de la pérdida de la posibilidad de revocación, distingue sí antes era consciente de la posibilidad responde por las reglas de la *actio libera in causa*, y por imprudencia si no lo era (conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 890-891 nm. 74a.).

¹²⁹ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 433 y ss. Roxin critica la solución indicando que la referencia a la representación del autor del § 22 StGB caracteriza a la punición de la tentativa inidónea, no a la teoría del error del § 16 del StGB (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 456 nm. 70).

¹³⁰ El peligro abstracto de Mittermaier, la falta de tipo de Binding-Mezger, etc.

¹³¹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 34.

¹³² Para el objetivismo moderno la tentativa es un paso y estadio previo hacia la consumación, una puesta en peligro del bien jurídico, y el delito consumado su lesión material. Aunque no se trate de dos cuestiones escindibles, debe rescatarse la diferencia de afectación de cada una.

qué en los casos de tentativa burdamente irracional la pena puede llegar a la exención total -de acuerdo con el § 23 III StGB alemán o el artículo 44 del Código Penal argentino-; y d) no puede fundamentar la impunidad de la tentativa supersticiosa¹³³.

Para salvar la crítica (a), se adujo que se exigía en todos los casos que se hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. En cuanto a la objeción (b), se indicó que la mayor perturbación del orden social se daba en la consumación, fundamentando una escala penal reducida para el hecho tentado, conforme al derecho positivo (v. gr., el artículo 44 del Código Penal argentino). Respecto de la crítica de la tentativa supersticiosa (d), se replica que las teorías subjetivas permitían considerar el peligro para la validez de la norma en el dolo puesto en ejecución -disvalor de la acción-, lo que respeta las bases de un derecho penal de acto¹³⁴.

El problema irresoluble de las teorías subjetivas clásicas fue la necesidad de excluir la punibilidad de lo *irreal* (c) y (d). La versión extrema de Bonn convirtió a la tentativa *supersticiosa o burdamente irracional* en prototipo de injusto. Para poder distinguir lo punible de lo no punible debieron limitar el enjuiciamiento de la peligrosidad a una perspectiva *ex ante*. Sin embargo, identificaron la peligrosidad *ex ante* con la *idoneidad*, amalgamando *a priori* lo idóneo e inidóneo, salvo excepciones. Entonces, al no poder establecer *ex ante* qué tentativas eran idóneas, debieron recurrir, ahora sí, a un juicio normativo para cada caso concreto¹³⁵.

Es refutado el argumento del RG de la carencia de peligrosidad de la acción por la falta del resultado, sin que sea posible distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas. Roxin objeta que *ex ante* es posible distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas como lo hace la teoría de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva¹³⁶, postura que sostiene la generalidad de la doctrina contemporánea¹³⁷.

De acuerdo con la concepción de la Escuela de Bonn, comprensiva de la línea argumental de Sancinetti, que el dolo debe referirse a un peligro conocido de producción del resultado que no concurre en la decisión de actuar y en la fase de la tentativa inacabada. Frente a esto, Roxin prefiere la teoría tradicional que considera que la decisión de actuar incluye el dolo, dado que la acción final presupone la anticipación del curso causal mediante la voluntad dolosa de control. Por ejemplo, el caso del estrangulamiento donde la víctima fallece antes de lo previsto. Roxin repara político-criminalmente en las consecuencias prácticas esgrimidas por la Escuela

¹³³ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 862, nm. 17; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 465 nm. 931; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 32. Por su parte, Roxin repasa que en todos esos casos existe una voluntad contraria al Derecho, cuya diferente punición sólo puede ser explicada por la graduación de la puesta en peligro (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 445 nm. 35).

¹³⁴ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), pp. 414-415.

¹³⁵ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 18-19 y 60.

¹³⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 446 nm. 38.

¹³⁷ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 148-149; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 860 nm. 14; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 21-22; Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 413, entre otros.

de Bonn para casos de producción prematura del resultado. Para él es dogmáticamente adecuado imputar el hecho doloso consumado y no tentativa inacabada en concurso con delito imprudente, justificando su solución en la *realización del plan* como criterio de imputación subjetiva, ya que en el caso del estrangulamiento se ha realizado el plan antes de lo que esperaba, estimando que esto es una desviación no esencial del curso causal¹³⁸.

Al igual que las objetivas clásicas, las teorías subjetivas clásicas se concibieron sobre la base argumental del positivismo científico y la separación estanca e incommunicable entre elementos objetivos y subjetivos en el injusto. A esto lo fundamentaban bajo el siguiente razonamiento: si la norma no prohíbe lo objetivo (la producción de un estado jurídicamente desvalorado, según Mezger), sólo cabe que prohíba lo subjetivo (la manifestación de voluntad dirigida subjetivamente a un resultado)¹³⁹. Sistemáticamente las teorías subjetivas, aun *objetivando* en parte la representación de la persona, no pueden diferenciar y excluir la punición de acciones de *tentativa irreal*, que desde la perspectiva subjetiva del o de la autor/a es apreciada como delictiva, pero carece objetivamente de esa característica. Esto supone una violación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁴⁰. Esta consecuencia se debe a la utilización exclusiva de la voluntad manifestada como contraria a la norma, entendida como la peligrosidad subjetiva.

Por otro lado, las teorías en trato registraban una contradicción insalvable sobre la punibilidad de la *tentativa inacabada*. Si el comienzo de ejecución se analizaba únicamente desde lo representado, debía considerarse no punible a la persona consciente de todavía no haber realizado todos los actos necesarios para que el resultado sobrevenga. De modo que sólo sería merecedora de pena la *tentativa acabada*, y debería permanecer impune la tentativa inacabada. Pero la ley, por la importancia externa que le otorga a la conducta, contrariamente, recurre a un criterio objetivo para no dejar en la impunidad esta clase de tentativa¹⁴¹.

En consecuencia, las teorías subjetivas no pueden servir para fundamentar el injusto de la tentativa porque no aportan un criterio de lesividad, ni tampoco otro que no sea de índole moral, de mera desobediencia, en violación a la máxima *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁴². El

¹³⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 455 nm. 67.

¹³⁹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 34. Sobre las críticas a la separación incommunicable entre elementos objetivos y subjetivos en el injusto ver Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 446 nm. 38. Recuerda Alcácer que una de las inconsecuencias achacadas a la teoría del RG fue la utilización de límites de carácter objetivo para determinar el momento del comienzo del delito. La mayoría de los partidarios de las teorías subjetivas partían de la fórmula del *dolus ex-re* para delimitar tal barrera punitiva. Sólo von Buri mantuvo una posición extrema, exigiendo únicamente la exteriorización de voluntad como requisito exclusivo para la punición, convirtiendo al peligro en una representación subjetiva (ídem, pp. 25-26 y nota 9 al pie).

¹⁴⁰ Reyes Alvarado señala que Frank advertía que fijar el comienzo de la tentativa con fundamento en la representación es sancionar, desde el punto de vista externo, por aquella acción que se cree haber desplegado en contra de lo establecido en una norma penal (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 40).

¹⁴¹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 454-455 nm. 65-66; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 40-41.

¹⁴² Reyes Alvarado, sin embargo, advierte una errada comprensión de la teoría subjetiva. Indica que el propio Von Buri señaló desde el mismo momento en que formuló su concepción, y de manera reiterada, que lo punible en la tentativa no es la simple

adelantamiento de la punición hasta acciones, ni siquiera peligrosas *ex ante*, opera sólo como un medio preventivo extremo de protección de bienes¹⁴³.

Todas las teorías subjetivas, en general, comparten la consideración de la mera exteriorización de voluntad contraria a la norma como forma de ataque a un bien jurídico, aun cuando no presente la relevancia de una posible lesión. Una de ellas, la Escuela de Bonn, convirtió el injusto en un simple acto de desobediencia. Siguiendo esta línea, los subjetivistas extremos no pueden sostener sin más esta ampliación de la tipicidad de la tentativa, puesto que entre el juicio de valoración primario (el suceso como resultado desvalorado *a priori*) y el juicio de valoración secundario (la voluntad subjetivamente vinculada con ese resultado -desvalor de la intención-), según Alcácer Guirao, debería haber un *juicio de valor intermedio* caracterizado por el peligro de la acción hacia el resultado desvalorado (la lesión del bien jurídico tutelado). Kaufmann reconoció, en cierta medida, la idea de peligro en el desvalor del acto, porque estaba vinculado al bien jurídico, traía consigo la lesión o puesta en peligro, aunque sea potencial¹⁴⁴. Empero, los subjetivistas extremos concibieron que el *peligro* se hallaba en el *dolo*, presuponiendo que la persona al desarrollar su acción final conocía las leyes causales y sólo desconocía -en parte- las circunstancias ontológicas de la situación, remontándose a la distinción entre el error nomológico y el ontológico. Si bien esto supuso una mínima objetivación del injusto, dejaban en la *representación* de la persona todo el contenido de valoración del *peligro de la acción*, sin importar su racionalidad¹⁴⁵.

A ello se suma que, intrasistemáticamente, no pudieron justificar la delimitación entre los actos preparatorios y los ejecutivos, pues el acto exterior sólo se consideraba un dato indiciario de la disposición interna contraria a la norma, convirtiéndose la preparación en prueba de esa tendencia. Los actos preparatorios tienen el mismo merecimiento de pena que la acción ejecutada. En este aspecto particular la teoría del ilícito personal de Sancinetti queda atrapada, pues sus fundamentos no aportan un criterio material plausible para evitar este problema y distinguir claramente un comportamiento de otro. Aún más, la antijuridicidad de la tentativa supersticiosa era prueba suficiente de lo erróneo de las posturas criticadas¹⁴⁶.

intención delictiva, sino la intención que a través de acciones ha llegado a ser una parte del mundo exterior y que para su realización ha engranado dentro de la causalidad natural (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 37).

¹⁴³ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 448; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 861 nm. 15; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 37-39 y 46, entre otros.

¹⁴⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 64-65 y nota 230 al pie de p. 64.

¹⁴⁵ Ídem, p. 66. Reyes Alvarado se alza contra la afirmación que el resultado carece de importancia en cuanto siempre es producto de la casualidad, indicando el absurdo que llevaría a sostener que todos los resultados que conseguimos en nuestras actividades son un producto casual (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 77-78).

¹⁴⁶ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 68-69. Una teoría que no pueda excluir la tentativa supersticiosa del ámbito de contrariedad a la norma tiene que ser muy poco apropiada para proporcionar un concepto de injusto válido en general (ídem, nota 246 al pie p. 69).

El requisito mínimo inapelable del injusto de la tentativa debe ser un cierto grado de relevancia externa de la conducta, con un mínimo de lesividad social y que trascienda de la mera relación interna persona-norma. La voluntad contraria al ordenamiento penal no expresa relevancia lesiva si no se asocia a un criterio material de peligro para el bien jurídico o de lesión de un deber que garantiza la vigencia de la norma, para evitar -luego- recurrir a criterios de ausencia de necesidad de pena en el ámbito de la sancionabilidad para así lograr una coherencia práctica dentro del sistema. De lo contrario, sólo quedaría una comprensión formal de la antijuridicidad a través de un juicio moral, que juzga y reprocha la mera desobediencia, propia de un Derecho penal de peligrosidad personal.

Por otro lado, desde la concepción de la norma como razón externa vinculante, Mañalich critica al finalismo radical la exigencia pretendidamente retribucionista de que la magnitud de la pena susceptible de ser impuesta no quede fijada por factor alguno que no sea el *grado de culpabilidad por la elección* manifestado por el comportamiento. Indica que esto descansaría en la intuición y comprensión alienada de nuestra situación como agentes, sistemáticamente ambigua respecto de la distinción entre el objeto y la base de adscripción de la responsabilidad. En efecto, sostiene que es necesario para la tesis de la equivalencia entre la consumación y la tentativa que la *elección* funja como el objeto de la responsabilidad al o a la potencial autor/a, distorsionando la función que debería ser asignada a la categoría bajo el principio de culpabilidad. Sería posible entender por *elección*, más bien, lo que fundamenta la imputación del comportamiento *elegido*, cuyo alcance queda co-determinado por el conjunto de creencias de las que por el o la agente haya efectivamente dispuesto. Mañalich expresa que la consumación de un delito es la instancia de comportamiento que objetivamente exhibe la específica antinormatividad asociada a la realización (no justificada) del tipo de delito que se imputa. En efecto, la antinormatividad es una categoría concerniente al objeto de la imputación, mientras que la elección se vincula al fundamento -base- de tal imputación. Resalta que el fundamento de responsabilidad identificado con la *falta personal* constituye la infracción de deber por vía de imputación subjetiva¹⁴⁷. Según Mañalich, la *antinormatividad* y la *infracción de deber* designan bases de merecimiento diferentes, en cuanto que la antinormatividad es privativa de la consumación, mientras que la falta personal consiste en la infracción de deber, que la comparten la consumación y su correspondiente tentativa. Así pues, replica que la identidad entre la tentativa acabada y la consumación, mediante la tesis de la no-equivalencia,

¹⁴⁷ Entiéndase por *falta* a la infracción del deber que funge como base para la eventual adscripción de culpabilidad definitiva.

con base asimétrica, es entre la consumación y la tentativa desde el punto de vista del merecimiento¹⁴⁸.

Para finalizar, huelga resaltar que estas posturas dogmáticas terminan avanzando sobre la esfera íntima de las personas, olvidando la dimensión social del injusto¹⁴⁹.

V.3. Las teorías eclécticas mixtas

V.3.a. La teoría de la impresión

Para superar las limitaciones del subjetivismo, fundamentalmente para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, se buscó como herramienta dogmática conceptual a la *impresión del hecho* sobre la comunidad o la conmoción de la confianza en la validez del orden jurídico (efecto psicológico-social). En efecto, esta corriente consideró que la lesividad de la conducta encierra un significado simbólico. Autores como Jescheck, Schönke-Schröder-Eser, Rudolphi, Schünemann, Vogler, entre otros, presuponen la función preventiva de la pena (posición dogmática prevalente en Alemania). El origen de esta podría ubicarse en el materialismo dialéctico de Hegel sobre la pena y el fin del Derecho penal. Con base en este, la lesividad relevante para el Derecho penal sería la lesión simbólica para su *significado*¹⁵⁰.

En efecto, la teoría de la impresión concebía que lo decisivo en el injusto de la tentativa residía estrictamente en la *voluntad que se opone al derecho*, no en sí misma, sino por *sus efectos sobre la comunidad*. El merecimiento de pena existirá solamente cuando aquella pudiese perturbar profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, el sentimiento de seguridad jurídica, y menoscabar la paz jurídica. Esta teoría nació con la finalidad de fundamentar terminantemente la exclusión del injusto de la tentativa irreal y la superstitiosa y la adecuada punición de la tentativa inidónea¹⁵¹. El delito fue concebido como elemento desorganizador, alterador de la paz social, que quebranta la vigencia del derecho en cuanto poder configurador de la estructura social. Señalaba Mir Puig que el objeto de la punición sería una voluntad activa contraria a una norma de conducta, pero el merecimiento de

¹⁴⁸ Conf. Mañalich, *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 482-483.

¹⁴⁹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 71 y nota 254 al pie; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 46-47.

¹⁵⁰ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 196.

¹⁵¹ Ídem, p. 200; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 371; Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 636-637; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), p. 60. Roxin resalta que esta concepción se ubica entre el injusto de la voluntad y el de la puesta en peligro, sin exigir un peligro efectivo (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 449 nm. 46).

pena estaría dado por el daño a la paz jurídica que representa la conmoción en la generalidad sobre la vigencia del orden jurídico¹⁵².

En consecuencia, el quebrantamiento de la confianza de la sociedad en el Derecho se produciría, con más intensidad, si la acción se consuma o el objeto del bien jurídico es puesto fácticamente en peligro, sin que por esto dejen de ser socialmente peligrosos los casos de tentativa inidónea. No obstante, el injusto de la tentativa, postulan, sería el mismo que el delito consumado: *la lesión de la vigencia del derecho*. Esta debe juzgarse por un *juicio hipotético* (normativo, no causal) sobre si la *voluntad manifestada* sería adecuada para conseguir ese efecto¹⁵³.

Las consecuencias sistemáticas de esta concepción fueron: a) la adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos: sólo se debe castigar aquello que produce una *objetiva conmoción social*; b) la *atenuación facultativa de la pena* en la tentativa, según la conmoción social del hecho; y c) la *impunidad de la tentativa irreal*, que no determina alarma social alguna debido a la burda incompreensión del o de la autor/a¹⁵⁴.

V.3.a.1. Valoración crítica

Esta teoría logró advertir que sin poder de impresión social no hay tentativa punible. Como tal marcó un efecto político-criminal para la intervención punitiva¹⁵⁵.

Sin embargo, se ha criticado, desde el punto de vista del principio de legalidad, que su fórmula va en contra del derecho vigente y de las garantías propias de un estado de derecho. Alcácer Guirao repara que llevaría al abandono de la referencia de los bienes jurídicos como objeto inmediato de agresión y su afectación como criterio de merecimiento de pena, con el peligro para el bien jurídico como requisito mínimo de lesividad para respetar el principio de intervención mínima. Por otro lado, se indica que esta teoría sustituye la tutela de bienes jurídicos por la protección del *sentimiento de seguridad o paz jurídica*. Además, la teoría no requería una conducta con un mínimo de relevancia social que constituyera un ataque especialmente grave a un bien jurídico, sino que se enfocaba en el carácter quebrantador de la

¹⁵² Conf. Mir Puig, *Derecho Penal* (2016), p. 348. Además, ver Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), pp. 465-466 nm. 932; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 863 nm. 20; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 34; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), p. 58, entre otros.

¹⁵³ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 201-202.

¹⁵⁴ Conf. Mir Puig, *Derecho Penal* (2016), p. 348; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 449 nm. 46; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 372; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 34, entre otros.

¹⁵⁵ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 415; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 863 nm. 20; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 372. Para Reyes Alvarado sólo sería correcta dicha consecuencia si pudiera ser igualmente predicable a todas las modalidades delictivas y no estuviera referida casi exclusivamente a la tentativa (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 63).

conducta hacia la paz jurídica, cualidad mínima que debe exigirse para ser penalmente relevante, sin ser *suficiente* para solventar la necesidad de pena¹⁵⁶.

Reyes Alvarado advierte que es contradictorio que en la consumación sea el resultado el que cause la impresión negativa sobre la comunidad y, en cambio, en la tentativa la impresión de la comunidad da lugar a la conducta sancionable¹⁵⁷. Zaffaroni critica, por su parte, que se termina afirmando un derecho a la seguridad jurídica, transformando la tentativa en un delito de lesión que dañaría a ese derecho, como bien jurídico público diferente del delito consumado. Específicamente, habría un delito de tentativa y no la tentativa de un delito, resultando independiente. También pone el foco en que la *impresión del hecho* en el público ocultaría la pretensión de insinuar un Derecho penal que normalice la opinión, que defina la lesión por la construcción de la realidad que hacen los medios de comunicación o que sea permeable a criterios subjetivos e intuitivos de los jueces y las juezas¹⁵⁸.

Otra crítica es que en los delitos graves un acto preparatorio puede causar conmoción, no legitimar la reacción jurídico penal. La teoría en crítica no puede justificar cuándo existe tentativa, porque no indica nada sobre la proximidad con la consumación. Jakobs apunta que el problema no es la *conmoción psicológico-social*, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo, que no puede llevar a cabo la teoría de la impresión en cuanto a su contenido positivo¹⁵⁹. Esta pecaría por defecto porque una conducta no peligrosa, incapaz de producir el resultado, puede socavar el sentimiento de confianza de la comunidad en la vigencia de la ley. Por ejemplo, la destrucción fraudulenta de la cosa propia asegurada puede provocar una fuerte impresión, pero no pasa de ser un acto preparatorio impune del asegurado¹⁶⁰.

Por otra parte, se indica que la aplicación de criterios abstractos para el injusto de la tentativa inidónea es una argumentación circular o *petitio principii*, puesto que presupone lo que todavía tiene que probarse¹⁶¹. Asimismo, la insignificancia de la impresión perturbadora en la tentativa burdamente irracional -se resalta- es consecuencia de la ausencia de peligrosidad¹⁶².

¹⁵⁶ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 206-207; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 35. Roxin considera que esta fórmula no puede superar la dualidad de la justificación de la tentativa si la impresión perturbadora se basa, en parte, en la puesta en peligro objetiva y, en otra, en el quebrantamiento de la paz a través de la infracción de la norma (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 450 nm. 50). Sin embargo, Reyes Alvarado entiende que la teoría está edificada sobre la impresión generada por la posibilidad de que la conducta desplegada hubiera podido ser exitosa (aspecto subjetivo) y la existencia de un peligro abstracto para el bien jurídico (elemento objetivo), distinguiéndose por la forma para determinar el peligro para el bien jurídico (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 61-62).

¹⁵⁷ Conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 63. Núñez Paz resalta la ambigüedad y dificultades para determinar los hechos impresionables (conf. *El delito intentado* (2003), p. 34).

¹⁵⁸ Conf. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 637-638.

¹⁵⁹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 863 nm. 20. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 466 nm. 932; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 372-373, siguen la misma idea. Para Roxin sostiene el límite está en la proximidad al tipo (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 450 nm. 49).

¹⁶⁰ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 35 y nota 43 al pie.

¹⁶¹ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 213.

¹⁶² Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 450 nm. 48.

Más allá de lo apuntado, se tilda la arbitrariedad de la teoría sobre la decisión de qué altera o perturba la paz jurídica o sentimiento de seguridad, porque no viene determinado por bases fácticas (verificables), sino que es producto de una contemplación emocional e intuitiva, el sentimiento (*impresión vivencial*) de rechazo o intranquilidad que el hecho genera, dejando de lado un juicio de valoración del peligro concreto para valerse de necesidades colectivas de venganza o de valoraciones morales¹⁶³. Aparte esta teoría no resulta democrática porque las bases de enjuiciamiento del injusto se determinarían sobre el consenso de la mayoría, *con límites flexibles* sobre la proporcionalidad del castigo en función también de necesidades colectivas. Por ejemplo, el comienzo de ejecución podría establecerse anticipatoriamente en delitos donde políticamente se pretenda mayor intervención, como aquellos relacionados con el medio ambiente o la seguridad de la nación¹⁶⁴.

V.3.b.1. La realización del plan y la puesta en peligro próxima al tipo.

Roxin define la tentativa como la creación, a través de medios materiales, de un peligro enjuiciado sobre la base de la representación del o de la autor/a que resulta próximo a la realización típica. Cuando ya *ex ante* es previsible la carencia de peligrosidad, refiere que la tentativa sería una infracción típica de la norma que constituye una perturbación del derecho de cierta entidad. Según este, el injusto de la tentativa estriba en la necesidad de pena por razones preventivas generales o especiales, por la puesta en peligro dolosa próxima a la realización típica y, excepcionalmente, por la infracción de la norma que provoca la perturbación del derecho por la manifestación de la acción próxima al tipo¹⁶⁵.

En efecto, Roxin apoya su teoría en bases diferentes de acuerdo con el grado de puesta en peligro próxima al tipo. La tentativa idónea e inidónea comparten esta cualidad primaria. El enjuiciamiento del peligro debe ser siempre *ex ante*, porque toda tentativa *ex post* es no peligrosa. La manera de evaluar cuándo existe una tentativa -indica Roxin- debe determinarse

¹⁶³ Alcácer Guirao, parafraseando a Ferrajoli, expresa que se trata de decisiones potestativas por la ausencia de substrato fáctico sobre el que realizan el enjuiciamiento, que permiten un grado absoluto de *decisionismo*, sin posibilidad de refutación (conf. *La tentativa inidónea* (2013), p. 211). Por su parte, Roxin caracteriza de cambiante e indeterminada la impresión perturbadora del derecho, que es un juicio de valor vago para la descripción del juicio legal de merecimiento de pena. En cambio, lo decisivo debería ser si la acción es adecuada para producir una impresión perturbadora a un o una observador/a medio/a, que conociese todos los hechos internos y externos (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 449 nm. 47). Según Sancinetti hay una desmedida extensión de la punibilidad, especialmente en grupos sociales altamente supersticiosos (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 372).

¹⁶⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 208-210; Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 466 nm. 932. Categórico Roxin al afirmar que no contiene nada específico en relación con la tentativa, dado que esta concepción se sirve de todas las formas de aparición de la conducta delictiva (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 450 nm. 48).

¹⁶⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 434 y 436-437 nm. 1 y 9; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), nota 271 pie p. 71, entre otros.

conforme a un criterio objetivo, aunque con perspectiva subjetiva. La representación abarcaría el curso de los hechos y el plan de actuación del o de la autor/a. Por esto, el punto de referencia es el tipo penal¹⁶⁶.

Toda vez que se enjuicia la acción con base en la conformación del plan, Roxin sostiene la punibilidad de todas las formas de tentativa inidónea. Afirma que es peligrosa la tentativa inidónea en la medida que un o una observador/a ajeno/a, que dispusiera de los eventuales conocimientos especiales del o de la autor/a, debería contar con la producción del resultado. Por ejemplo, quien gatilla un revólver con la intención de matar, pero desconoce que un tercero lo había descargado, configura una tentativa peligrosa con un instrumento inidóneo. Al contrario, sería no peligrosa (impune) cuando para un o una observador/a ideal, *ex ante*, la acción no podía conducir al resultado. Por ejemplo, alguien que intenta matar echando azúcar (lo tiene por mortal) en el café de otro (usualmente inocuo), expresa en su decisión de actuar una infracción de la norma que ocasiona una perturbación al derecho, que el legislador valora como una tentativa punible con base en la previsión del §23 III (similar en sus efectos al artículo 44, última parte, del Código Penal argentino). Así pues, el supuesto de la tentativa supersticiosa (empleo de medios irreales) resulta impune porque no existe necesidad de pena dado que la realización típica no se apoya en bases reales. Esta carece de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y no expresa un quebrantamiento de la paz jurídica (tentativa no peligrosa)¹⁶⁷.

Según Roxin, la tentativa idónea es un hecho peligroso *sui generis*, una cuasi-realización del tipo penal que se asemeja a un delito de peligro concreto. Ahora bien, la tentativa inidónea y la puesta en peligro -señala- constituyen etapas del curso hacia la consumación. A su criterio, la *tentativa inidónea peligrosa* se asemejaría a un delito de peligro abstracto, puesto que *-ex ante-* la realización típica aparece como seriamente posible (caso del arma descargada). Por otra parte, desde el punto de vista de la tipicidad, la tentativa no peligrosa debería ser impune. En la teoría de la imputación objetiva sólo tiene cabida la tentativa peligrosa que crea un riesgo no permitido. Particularmente, cuando una persona con un proyecto delictivo idóneo y altamente peligroso fracasa en los actos preparatorios, debería permanecer impune por falta de necesidad de sanción. No obstante, contradictoriamente, Roxin indica que desde una perspectiva preventivo-especial la tentativa no peligrosa y la peligrosa tienen la misma necesidad de pena, pues el o la autor/a se demuestra dispuesto/a a cometer el delito representado. Pretende justificar

¹⁶⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 435 nm. 5.

¹⁶⁷ Ídem, pp. 436-437 nm. 8 y 12. También ver Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 40.

esto afirmando (llamativamente) que ha demostrado que su mala voluntad se transformó en una acción de ejecución¹⁶⁸.

Roxin termina incluyendo en el injusto penalmente relevante a la tentativa inidónea no peligrosa, acercándose a las viejas concepciones subjetivistas. Sin embargo, intenta volcarse hacia las bases de las teorías objetivas cuando afirma que en la *tentativamente burdamente irracional* se toma en cuenta la falta de peligrosidad¹⁶⁹. En síntesis, todas las formas de tentativa inidónea resultarían punibles por el derecho vigente, de lo cual no se sigue que el injusto de la tentativa sea la puesta en peligro próxima a la realización típica, sino que exige una decisión legislativa adicional¹⁷⁰.

V.3.b.1. Valoración crítica.

El planteamiento de Roxin condiciona el injusto de la tentativa a la concurrencia de previsibilidad objetiva del comportamiento, la voluntad de realización y que el resultado alcanzado forme parte de la realización del plan.

Para determinar la *idoneidad* de la tentativa se basa en un juicio de peligrosidad *ex ante*, como en la teoría de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), pero asemeja ese juicio al peligro característico de los delitos de peligro concreto, lo cual resulta contradictorio. Su teoría termina justificando el injusto de tentativas no peligrosas, aunque postule desde el criterio de la puesta en peligro próxima al tipo que no deberían ser punibles.

Roxin intenta establecer una diferenciación cualitativa del injusto de la tentativa en dos órdenes intrasistemáticamente contradictorios. Por un lado, la tentativa idónea fungiría en el peligro (*ex ante*) para el bien jurídico y, por otro lado, el castigo de la tentativa inidónea se basaría en el quebrantamiento de la norma y en la peligrosidad del o de la autor/a por necesidades preventivo-especiales, surgiendo estrechos vínculos con la teoría de la impresión y la teoría de la peligrosidad. El modelo requiere del recurso *ad hoc* del quebrantamiento de la norma para justificar *-ex ante-* el injusto de la tentativa no peligrosa. Esto oculta, y no asume, el carácter subjetivo o peligrosista del juicio concreto. En el fondo, sólo considera la peligrosidad que representa el plan del o de la autor/a.

¹⁶⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 438-441 nm. 17-18, 22 y 24.

¹⁶⁹ Ídem, p. 440 nm. 22.

¹⁷⁰ Ídem, p. 442 nm. 24.

V.4. El normativismo dualista.

V.4.a. La teoría de la expresión integrativa.

En la ciencia penal alemana reina acuerdo sobre el merecimiento de pena de la tentativa *ex ante* no peligrosa. Consideran su punición como excepción, porque el sistema está construido primordialmente sobre bases objetivas de peligro de los bienes jurídicos. Sin embargo, la posición de Jakobs con respecto al injusto de la tentativa es una superación de la teoría de la impresión¹⁷¹. La relativización del fin de protección de bienes jurídicos que empezó Welzel fue continuada y completa por Jakobs, quien atribuye al Derecho penal únicamente el mantenimiento de la vigencia de la norma como pauta de orientación de los contactos sociales¹⁷².

Las normas son concebidas como *estructuras simbólicas* generalizadas que sólo pueden ser vulneradas *comunicativamente*, no por el daño fáctico en sí. La lesión de bienes no sirve como criterio catalizador del delito. Desde esta perspectiva, el delito es defraudación de expectativas, quebrantamiento de la norma o lesión del deber¹⁷³. La función de prevención general positiva de la sanción penal -para Jakobs- es la refutación a la contradicción del orden jurídico que supone el delito. La pena confirma contrafácticamente la vigencia de la norma puesta en duda con el hecho. El delito y la pena no pertenecen, como categorías jurídico-penales, al mundo de lo fáctico, sino que se incardinan en el ámbito de la comunicación, son mensaje y respuesta. El delito expresa y demuestra que la norma no rige para el o la autor/a (niega su vigencia); la pena sobre este/a es la negación de tal contradicción, lo cual demuestra la vigencia de la norma vulnerada¹⁷⁴. Con esto, la comprensión del injusto no depende de la valoración causal, sino del *significado* de un suceso del mundo exterior que tiene para la vigencia de la norma. La causalidad como tal es irrelevante. El injusto penal es el daño a la vigencia de la norma, que la sanción tiende a subsanar.

¹⁷¹ Reyes Alvarado señala que Sancinetti la caracterizó como *teoría de la expresión* para diferenciarla de la teoría de la impresión (conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 74).

¹⁷² La libertad de organización interna le compete a toda persona responsable. Está sujeta a una contraprestación (synallagma): tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos. Si no cumple este deber, no puede reclamar libertad (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 863-864 nm. 21).

¹⁷³ Expresiones que son sinónimos en sí mismos.

¹⁷⁴ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 239.

Jakobs señala que el abandono del dominio en perjuicio potencial de otra persona es una tentativa en sentido material porque da comienzo a un comportamiento externamente perturbador, y cuando existe una potencial realización del tipo es una tentativa en sentido formal. La consumación se determina en función de la realización formal del tipo¹⁷⁵. Frente a las teorías objetivas¹⁷⁶, el concepto de injusto de Jakobs justifica materialmente que la tentativa es el quebrantamiento de la norma, al igual que el delito consumado. Además, la defraudación de la expectativa normativa está presente ya en la tentativa inidónea, disminuyendo la utilidad de la distinción entre el desvalor de acción y de resultado¹⁷⁷. Sin embargo, reconoce un remanente de importancia al resultado para *intensificar* el quebrantamiento de la norma. Por esto, señala que la diferencia entre la tentativa y la consumación sería meramente *cuantitativa*, no cualitativa¹⁷⁸.

Ahora bien, *Jakobs* se distancia de las teorías subjetivas para determinar qué conductas quedan abarcadas dentro de lo comunicativamente relevante (del contexto social, de lo jurídicamente regulado). El quebrantamiento de la norma no puede *interpretarse* exclusivamente a partir de la representación del o de la autor/a. La norma como fenómeno comunicativo precisa *siempre* de una *objetivación* para abordar la relación de la persona frente a la norma. Esta objetivación surge de un juicio racional: *la representación debe ser comunicativamente relevante*. La seriedad del intento del ataque a la norma requiere demostrar la capacidad del o de la autor/a para realizar lo planeado. Si no la tiene, falta ya el dolo, como en las *tentativas supersticiosas*, o cuando la persona atribuye idoneidad a su conducta en función de *fuentes de conocimiento socialmente inadecuadas* como intuiciones, sueños o generalizaciones precipitadas. Las conductas tienen relevancia frente a la norma cuando pueden ser apreciadas por su sentido como configuradoras de una determinada realidad¹⁷⁹. Explicado con un ejemplo de Jakobs, aunque desde una perspectiva objetiva medie un grave error, sí un libro científico sobre plantas venenosas incluye inadvertidamente una variedad de diente de león, un profano en biología que lo leyó e intenta emplear esa planta como veneno es comunicativamente relevante desde una perspectiva racional. Al contrario, no lo es suponer

¹⁷⁵ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 864 nm 21. Señala que la teoría objetiva es un flujo del superado dogma causal que configura la tentativa como un suceso contrario a lo policial (ídem, p. 860 nm. 15).

¹⁷⁶ Para estas el delito consumado es desvalor de resultado y el prototipo de injusto es la lesión del bien jurídico, siendo la tentativa una excepción.

¹⁷⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 862 nm 17.

¹⁷⁸ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 239-240.

¹⁷⁹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 865-866 nm 23. Reyes Alvarado remarca que aquellos comportamientos que, desde el punto de vista externo pueden ser considerados perturbadores, son susceptibles de interpretarse con ayuda del aspecto subjetivo, cuyo contenido comunicativo se desprende del contexto de significado donde se desarrolla (conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 66 y 83).

aisladamente que el diente de león es una planta venenosa. El enjuiciamiento del injusto se consigue por la mediación entre el sentido individual y su interpretación objetiva¹⁸⁰.

Ahora bien, en el planteamiento de Jakobs el comienzo de ejecución es un comportamiento externo que abandona el ámbito interno cuando el o la autor/a pierde el dominio de las consecuencias de su conducta. Esto pone de manifiesto una infracción de la norma. Lo decisivo no es el dominio sobre el ámbito de organización, si no la negación de la norma. Por esto, la impunidad de la *tentativa supersticiosa* responde a que ninguna norma prohíbe recurrir a fuerzas sobrenaturales o dirigirse contra objetos de la misma índole. Por su parte, la configuración del injusto de la tentativa inidónea depende de que el o la autor/a haya expresado un comportamiento que, de acuerdo con un juicio racional, hubiera podido infringir la norma. Por ejemplo, colocar azúcar (creyendo que era veneno) en el vaso de leche que toma la víctima. En cambio, sería impune quien cree que puede matar realizando pases mágicos, ya que ninguna norma prohíbe esto. La punibilidad de la tentativa requiere la infracción de una norma verdaderamente existente, no lo que existe en la imaginación de la persona. Por último, si el comportamiento es racional para la persona, pero no para la comunidad, resulta *burdamente insensato* (conf. §23.3 StGB alemán). Para Jakobs si a un comportamiento le falta *relevancia comunicativa* se trata de un *delito putativo*, no de una tentativa¹⁸¹.

V.4.a.1. Valoración crítica.

Uno de los principales críticos de Jakobs, desde España, ha sido Alcácer Guirao. Éste sostiene que la teoría de la imputación objetiva parte de una concepción objetiva del injusto, que abandona el peligro o lesión del bien jurídico para operar el fin inmediato de la pena -o del Derecho penal- desde la prevención general positiva¹⁸². Agrega que la imposibilidad de la teoría de la impresión de aportar una solución válida para distinguir entre las tentativas punibles y las que no lo son, en función de grados de peligro, es un problema metodológico derivado de las tensiones sistémicas entre la dogmática y la política criminal, que dejan abierta la posibilidad de argumentar a partir de una perspectiva de prevención general, elevando la protección de la vigencia de la norma a criterio teleológico central de las consecuencias para el sistema del delito. Ahora bien, Alcacer Guirao hace hincapié que una renormativización de conceptos sin la atribución de un contenido objetivo a estos desemboca en una argumentación circular y

¹⁸⁰ Conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), pp. 240 y ss.

¹⁸¹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 864-865 nm. 22-23. En este sentido, ver Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 416.

¹⁸² Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 205-206.

tautológica¹⁸³. Este problema metodológico deriva de la pretensión de renormativizar el merecimiento de pena con criterios preventivo-generales (sociológicos-funcionales), apelando a planos simbólicos formales o psicológico-sociales. Según Alcácer, con esto abandona el fin de protección de bienes jurídicos como criterio interpretativo de los tipos penales y de merecimiento de pena. Advierte que eso implica la pérdida de toda potencialidad limitadora de lo punible frente a las teorías subjetivas¹⁸⁴.

El problema es, al decir de Alcácer Guirao, la sustitución del pensamiento de la lesión del bien jurídico en la acción delictiva que permitía -a su criterio- una referencia empírica de verificación -menos abstracto- y una gradación material del injusto por la diferenciación entre la lesión y el peligro, que es *cualitativa* entre la consumación y la tentativa. En su lugar, sostiene que Jakobs propone una serie de enunciados formalizados, abstractos, que deben ser colmados de contenido *a posteriori*, reconduciéndose a la relación empíricamente verificable entre la acción y el bien jurídico (objeto de agresión). En definitiva, refuta que punir en función de la prevención general positiva implicaría penar conductas no peligrosas *ex ante*, bastando que la acción ostente cierta *seriedad* en su dirección subjetiva (representación). La racionalización de la representación del o de la autor/a puede limitar la punibilidad más que la teoría de la impresión, pero encuentra fisuras si no excluye a las tentativas irracionales cuando la información obtenida -según cánones de experiencia- ha sido proporcionada por una fuente fiable. Por ejemplo, el consejo de un médico o de un libro sobre medicina. Alcácer señala que la concepción del delito como el *quebrantamiento de la vigencia de la norma* o la *defraudación de la expectativa normativa*¹⁸⁵ son fórmulas vacías, formales, sinónimos de antijuridicidad, que no sirven para caracterizar cuál es el injusto punible¹⁸⁶.

Ahora bien, Jakobs rechaza la idea de lesión del bien jurídico para dotar de contenido al injusto penal, en el entendimiento de que aquello es causalidad -descripción naturalista-, que no abarca el plano de lo relevantemente comunicativo-social. No obstante, precisa del resultado para diferenciar de modo cuantitativo entre la tentativa y la consumación. En este sentido, los resultados exteriores suponen una *mayor objetivación* del quebrantamiento de la vigencia de la norma. Por esto, Jakobs no puede -según Alcácer Guirao- prescindir del daño exterior al derecho, de la lesión al bien jurídico¹⁸⁷.

¹⁸³ Por ejemplo, afirma que es circular sostener que la tentativa es punible porque supone un quebrantamiento perfecto de la vigencia de la norma, porque es lo mismo que decir que es punible porque es antijurídica (conf. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea* (2013), p. 248).

¹⁸⁴ Ídem, p. 247.

¹⁸⁵ Ambos constituyen motivos legítimos de intervención del Derecho penal.

¹⁸⁶ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 212 y ss.

¹⁸⁷ Ídem, pp. 248-249.

Contradiendo las críticas de Alcácer Guirao, por su parte, Reyes Alvarado sostiene que considerar el resultado como un componente ontológico que cierra el juicio de imputación objetiva en el delito consumado es desnaturalizar la concepción valorativa de este. Como argumento sólo puede ser válido para justificar mayor punibilidad frente a la tentativa, pero no para afirmar que el injusto es diverso al delito consumado¹⁸⁸. Destaca que en la validez de la norma está contenida una protección generalizada de los bienes individuales. Repara que Alcácer razona a la inversa, ubicando la protección de la vigencia de la norma como un fin mediato, dependiente del cometido primordial de protección de bienes jurídicos como fin inmediato del Derecho penal. Señala que es dudoso que a través de la protección de los bienes jurídicos se proteja la vigencia de la norma. Sin embargo, considera que no asiste razón a Alcácer cuando expresa que es vacío el concepto de quebrantamiento de la norma de Jakobs, puesto que aquel concepto se conecta con la arrogación de un ámbito de libertad ajeno que se enlaza con la noción de sentido comunicativo. Por esto, Reyes Alvarado afirma que esa noción de injusto es aplicable como criterio de construcción dogmática¹⁸⁹.

Por otra parte, Alcacer observa que en la tentativa se suscitan problemas sistemáticos y conceptuales por la *hipernormativización* de los planteos funcionalistas, que genera un concepto formal de injusto cuyo fundamento es el *fin de estabilización del sistema*, antitético a distinciones subjetivas. El riesgo de un remanente de puro decisionismo que vacíe materialmente la referencia de merecimiento de pena logra un modelo de Derecho penal con más intromisión en las libertades ciudadanas. No obstante, Alcácer Guirao, debe admitir una coherencia sistemática en Jakobs sobre el tratamiento de la tentativa comparado con la teoría de la impresión, que justificaría su punición *excepcionalmente* por el fin de protección de bienes jurídicos. En cambio, según Jakobs, como la protección de la vigencia de la norma es el fin del Derecho penal, se deben punir por igual a la tentativa y el delito consumado¹⁹⁰.

V.4.b. La teoría del resultado como manifestación del desconocimiento de la norma.

Reyes Alvarado sigue las principales líneas argumentales de Jakobs para concebir el injusto penal y, particularmente, en la tentativa. En efecto, edifica el injusto sobre la imputación objetiva a través del examen de las conductas de una persona portadora de roles, que utiliza como esquema de explicación para el delito consumado y el de tentativa. A su entender, eso

¹⁸⁸ Esta explicación reforzaría la crítica de Sancinetti.

¹⁸⁹ Conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 69, 73 y 76 y notas 260, 280 y 292 al pie respectivamente.

¹⁹⁰ Conf. *La tentativa inidónea* (2013), pp. 245 y 249.

dota de contenido al injusto y la imputación subjetiva o personal orientada al análisis individual de la conducta¹⁹¹.

Reyes Alvarado sigue una visión del delito como fenómeno social, cuyo objeto de análisis está orientado al comportamiento humano con componentes objetivos y subjetivos (aspecto ontológico), que el Derecho penal valora como indebida forma de ataque al bien jurídico (componente valorativo). La forma para determinar si la conducta es penalmente relevante depende del contexto social. En efecto, Reyes Alvarado indica que existen *ámbitos libres de injerencia*, por más externa que sea la manifestación o resulten lesionados intereses de terceros. Por ejemplo, el derecho a ejercer una industria libre. Esto permite diferenciar entre ámbitos de libertad propios y ajenos, que la imputación objetiva deslinda en el delito consumado y en la tentativa¹⁹².

En las antípodas de concebir que la función del Derecho penal sea tutelar bienes jurídicos, tal como Jakobs, Reyes Alvarado postula que la vida social acarrea múltiples lesiones donde no debe intervenir el aparato punitivo del Estado para no paralizar la sociedad en el supuesto de sancionar a toda lesión de un bien. El interés del Derecho penal es reaccionar contra algunas conductas socialmente inadecuadas que constituyen una indebida forma de ataque a los bienes jurídicos. Allí es donde la teoría de la imputación analiza el comportamiento para valorar si está dentro del riesgo permitido (tolerable) o, al contrario, ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (no tolerable). El comportamiento no tolerable consiste en una indebida forma de ataque contra el bien jurídico, constituyendo un riesgo jurídicamente desaprobado. Se requiere que ese riesgo se realice en el resultado. Este -para Reyes Alvarado- no es la modificación del mundo exterior, sino el quebrantamiento de la vigencia de una norma penal que justifica la intervención del Derecho penal, siempre y cuando se atribuya a la persona como obra suya, independientemente de la producción del concreto resultado ontológico erigido como elemento del tipo respectivo¹⁹³.

Ahora bien, mediante la imputación objetiva, entiende Reyes Alvarado, se completa la normativización del injusto, concretando si la conducta representa un riesgo jurídicamente desaprobado mediante criterios valorativos. En primer lugar, compara si el comportamiento efectivamente desarrollado le era exigible a la persona en el marco de un rol social específico (contexto social de la conducta). Si no cumplió con sus deberes de conducta, su actuación ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. En segundo lugar, el resultado sólo es relevante

¹⁹¹ La imputación objetiva tiene la función básica de distinguir entre lo que se considera obra de una persona y aquello que es producto de la causalidad, la mala suerte o el destino.

¹⁹² Conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 66-67.

¹⁹³ Ídem, pp. 68 y ss.

como quebrantamiento de una norma penal si está incluido dentro de la descripción típica como un elemento indispensable para que se configure la infracción. Por ejemplo, en los delitos consumados de resultado. Lo decisivo es, por regla, la interpretación de la conducta desde de su significación social (rol) para valorar a esta como una forma indebida de ataque al bien jurídico, que agota el juicio de imputación objetiva¹⁹⁴.

A su entender, hay tres connotaciones en el resultado: a) como manifestación ontológica por la modificación del mundo exterior (irrelevante para el Derecho penal); b) como quebrantamiento de la vigencia de una norma, es requisito indispensable desde una perspectiva valorativa para todas las conductas típicas; c) como efecto naturalístico que sirve a los fines de la tipicidad, pues sin su existencia no se quebranta la norma. La aparición del resultado responde al *azar*, pero desempeña algún papel. Todo quebrantamiento de la norma debe suponer que la importancia del azar es mínima frente al *peso* de la organización de la conducta. Lo determinante es la *forma* en que la persona planea y organiza la ejecución de sus actividades que puede conducir al quebrantamiento de la norma. Argumentativamente Reyes Alvarado sostiene que, por razones de política criminal, en las tentativas el o la legislador/a no suele condicionar el quebrantamiento de la norma a la existencia de un resultado ontológico derivado de la conducta. La circunstancia que sin la presencia de una disposición legal que sancione la tentativa no es posible penar al o a la autor/a -indica- debería bastar para sostener la norma que recoge el delito consumado es una y la que describe y sanciona la tentativa es otra¹⁹⁵.

El punto de partida es que existirían varias normas de conducta quebrantadas por ser distintos los resultados que cierran el juicio de imputación en el delito consumado y en el delito tentado. Ésa sería la diferencia entre estos dos. El contenido de cada una se completa con el contexto social, circunscripto por el rol de la persona. En ambos tipos de injusto se valora la interpretación de esa conducta como quebrantamiento de la percepción objetiva que se tiene sobre la vigencia de la norma, independientemente de si está orientada a prohibir tentativas o consumaciones¹⁹⁶.

De esta manera, se analiza una persona en sentido jurídico, titular de derechos y obligaciones, que con su comportamiento contra sus deberes adquiere significación social como indebida forma de ataque a un bien jurídico. A criterio de Reyes Alvarado, el único punto de vista que compartiría con la teoría de la impresión es que la tentativa se sanciona por la

¹⁹⁴ Conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 81 y 83.

¹⁹⁵ Ídem, pp. 77 y ss. En este punto se controvierte la observación de Roxin de que la tentativa como perfecto quebrantamiento de la norma (Jakobs) deja sin explicación la diferencia punitiva entre las tentativas, los delitos consumados y la tentativa por burda incomprensión. Según Reyes Alvarado, la diferencia está en el juicio de imputación de un resultado normativo (quebrantamiento de la norma de conducta) que es distinto en un caso y en otro.

¹⁹⁶ Ídem, pp. 80-81, y nota 261 al pie p. 70.

repercusión que la conducta tiene en la sociedad. No obstante, realza que su criterio precisa la forma de la valoración de la conducta, que despojaría al concepto de impresión de su faceta emotiva y circunscribiría el impacto negativo de la tentativa para la sociedad como conducta que crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado valorado como una indebida forma de ataque al bien jurídico. Con esto intenta dejar de lado la relevancia de la causalidad¹⁹⁷.

En efecto, según Reyes Alvarado, las tesis objetivas -ceñidas por la causalidad- brindan diversas fundamentaciones en la tentativa y la consumación, mientras que su postura normativa -considera- ofrece una visión unificada. En las primeras, el momento del juicio de imputación es diverso: *ex ante* en la tentativa, *ex post* en la consumación. En cambio, en su planteamiento el juicio de valoración es desde una perspectiva *ex ante*, tanto para el riesgo jurídicamente desaprobado como el resultado, entendido en clave de infracción de una norma penal, significa lo primero una relación causal probabilística de haber podido dañar el bien jurídico. Por el modo de entender el resultado es indispensable conocer *cuál es la norma* que pudo haber sido quebrantada antes que buscar una conexión entre el comportamiento creador del riesgo y el resultado. Esto lleva el análisis de Reyes Alvarado al plano de la *intención*, de la voluntad de quien genera un riesgo jurídicamente desaprobado, para averiguar cuál norma es vulnerada. Esa idea -según este- demuestra un punto de unión con las teorías subjetivas, diferenciándose en que no utiliza un concepto ontológico de voluntad. Al contrario, indica que la intención que clausura el juicio de imputación objetiva es el dolo de realización del resultado. De esta forma aspira a superar la teoría finalista, en cuanto aquella resta importancia al resultado al reducir su función a un dato cuantitativo que condiciona el injusto, en tanto -según Reyes Alvarado- el resultado es un concepto valorativo que cierra el juicio de imputación¹⁹⁸.

Ahora bien, el comentarista en trato considera que su teoría es mixta, por la similitud con las tesis objetivas, las subjetivas y de la impresión, pero remarca que es autónoma dentro de una tesis valorativa. En efecto, señala que propone explicar la punibilidad de los delitos de acción y de omisión, de resultado y de peligro, la consumación y la tentativa, de personas humanas y de personas jurídicas, de comportamientos individuales y los llevados a cabo por un número plural de intervinientes, que parte de la imputación objetiva para valorar el riesgo jurídicamente desaprobado¹⁹⁹ como infracción a un deber de conducta derivado del ejercicio de

¹⁹⁷ Conf. *El delito de tentativa* (2016), pp. 84 y ss.

¹⁹⁸ Ídem, pp. 86-88.

¹⁹⁹ La definición de riesgo de Reyes Alvarado es en términos causalidad probabilística desde una perspectiva *ex ante* y otra *ex post*.

un rol social, complementado por un concepto de resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal para cerrar el juicio de imputación²⁰⁰.

V.4.b.1. Valoración crítica.

Una observación general al extenso planteo de Reyes Alvarado es que se trata de un intento de normativizar un planteo tópico sobre bases objetivistas. Repárese que explica que la conducta en la tentativa es una indebida forma de ataque al bien jurídico porque el riesgo desaprobado se realiza en el resultado como infracción de la norma penal en cuanto presenta con éste una relación causal probabilística.

Como Alcácer Guirao y quienes pretenden demarcar el contenido material del injusto como lesión de un bien jurídico, acuden a conceptos de índole normativa orientados a la infracción de la norma de conducta en cada acción, sea un mandato o una prohibición. Particularmente, Reyes Alvarado utiliza la terminología *indebida forma de ataque al bien jurídico*. Con esto termina anteponiendo la lesión del bien jurídico a la infracción de la norma vulnerada. A diferencia del planteamiento de Sancinetti, la infracción de la norma no se imputa por una acción disvaliosa sino por el resultado desaprobado, lo que genera confusión de hacia qué se dirige el juicio de desvalor sobre la norma infringida.

En cambio, el planteo de Jakobs resulta más coherente que el intentado por Reyes Alvarado que utiliza e invierte parte de los argumentos que el primero concibió en sentido estrictamente normativo. Mientras Jakobs limita los efectos de la relación de causalidad a través de criterios normativos de selección de los comportamientos penalmente relevantes, Reyes Alvarado asienta el peso de la imputación en la relación de causalidad, aunque la configure desde una perspectiva de probabilidad. Sistemáticamente la tesis expuesta no se distancia de las teorías objetivas modernas. Mejor dicho, podría constituir una expresión renovada de una idea sumamente criticada y abandonada en la dogmática contemporánea. La propuesta, en consecuencia, resulta ser un causalismo enmascarado de normativismo.

²⁰⁰ Conf. *El delito de tentativa* (2016), p. 89.

V.4.c. La tentativa como imperfecta infracción a la norma a través de una perspectiva práctico-analítica.

Mañalich fundamenta el delito por vía de imputación a través de un razonamiento lógico, siguiendo el *modelo del silogismo práctico* de Von Wright (1963), donde la norma de comportamiento abstracta funciona como *premisa mayor* que aporta las propiedades esenciales constitutivas del deber de prohibición o de requerimiento que debe observar la persona. La situación circunstancial concreta en la cual obra el o la agente constituye la *premisa menor* del razonamiento, donde pueden fungir las propiedades respectivamente fundantes de antinormatividad del correspondiente tipo y proveer la oportunidad para la acción. La conclusión práctica es si la persona reconoció la norma como razón externa vinculante en una instancia de comportamiento intencionalmente orientada, como alguien que practica fidelidad al derecho o, al contrario, la vulneró²⁰¹.

A partir de este razonamiento, Mañalich sostiene que la consumación es una categoría concerniente al tipo-de-acción que expresa la satisfacción de la descripción que especifica ese mismo tipo. Sin embargo, advierte que la distinción entre consumación y tentativa no puede ser adecuadamente entendida como un delito completo y otro incompleto²⁰². En efecto, el concepto de consumación expresa la efectiva realización (no-justificada) del respectivo tipo de delito a través del comportamiento que funge como objeto de imputación. La comprobación de la realización del tipo solo puede tener lugar por vía de subsunción. Para esto es irrenunciable la distinción entre elementos conceptuales que componen el tipo *qua* descripción abstracta, por un lado, y las circunstancias como componentes de la situación del mundo concretamente dadas que realizan esos elementos en un caso particular, por otro. La *realización del tipo* debe entenderse -según Mañalich *stricto sensu*- como una relación de satisfacción semántica. Hay consumación si y solo si la descripción abstracta del tipo resulta satisfecha por el conjunto de circunstancias que se identifican con el respectivo objeto de la imputación. En función de esto, identificar el concepto de tentativa de delito con la realización parcial del tipo resulta analíticamente equívoco, en la medida que tiene carácter de una operación lógico-binaria²⁰³. Lo único que puede realizarse parcialmente es el proceso que sirve de sustrato a la eventual

²⁰¹ Ver el extenso tratamiento dado en el Capítulo III apartado 5.b. (pp. 36-44).

²⁰² La noción de completitud tiene que ser referida a algún proceso que se desarrolla en el tiempo, con inicio y conclusión.

²⁰³ Esta no resiste cuantificación.

realización del tipo. La diferencia entre delito consumado y tentado no es una *diferencia cuantitativa* en cuanto realización del tipo²⁰⁴.

Según Mañalich, el concepto de tentativa pertenece al mismo espacio lógico que el de consumación. La noción de delito tentado es la de un delito no-consumado, figurando el delito consumado como paradigma de comportamiento punible, y el delito tentado como una instancia no-paradigmática. Ahora bien, la significación criminal de un comportamiento puede ser analizada como una instancia de comportamiento implícitamente performativa, en referencia a la distinción entre actos de habla explícita e implícitamente performativos de Austin (1962)²⁰⁵. El o la autor/a subjetivamente infringe la norma como razón vinculante a través de su comportamiento, puesto que declara que no reconoce esa norma como premisa práctica. En efecto, la manera performativamente perfecta de no reconocer la prohibición de matar como razón vinculante es ejecutar -no omitir- una acción que llega a ser verdaderamente describable como consistente en matar a otra persona. La declaración será perfecta si y solo si esa instancia de comportamiento consiste en la no-omisión de una acción que ejemplifique las propiedades que la convierten en una acción sometida a la correspondiente prohibición, que definen el género de comportamiento antinormativo²⁰⁶. De esta manera, un delito tentado es la instancia de comportamiento que no ejemplifica las propiedades fundantes de la antinormatividad, definitoria del correspondiente género de delito (consumado). Por esto la punibilidad de un delito tentado no puede estar implícita en la criminalización de la correspondiente especie de delito consumado en virtud de la imperfecta congruencia performativa propia de la tentativa de delito. Esto se refleja en una estructura constitutiva con discrepancia en la actitud subjetiva del o de la potencial autor/a respecto de la satisfacción de la descripción específica del género de comportamiento antinormativo, por un lado, y la manera en que el mundo termina siendo respecto a la satisfacción objetiva de esa misma descripción, por otro. Tomando de base la tesis de Moore²⁰⁷, y citando a Nowakowski²⁰⁸, interpreta Mañalich que lo que Moore sostiene por «incorrección» debe entenderse como *una incorrección en el mundo actual, y no en un mundo posible*. La incorrección como base de merecimiento de un delito tentado sería la culpabilidad que presupone una incorrección en el mundo posible creado por nuestros estados representacionales²⁰⁹.

²⁰⁴ Conf. Mañalich, *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 475-476 y notas 71-72 al pie de p. 476.

²⁰⁵ Ver comentario a la doctrina de los actos de habla de Austin en el Capítulo IV apartado 3.b.1., p. 83, nota 76.

²⁰⁶ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), p. 477.

²⁰⁷ La idea de que la punibilidad de un delito tentado se encuentra definida por el hecho de que la *base de merecimiento* queda restringida a una *culpabilidad sin incorrección*.

²⁰⁸ Quien caracteriza a la tentativa de delito como una forma de comportamiento no antijurídica, pero culpable.

²⁰⁹ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 477-478.

Bajo este cúmulo de premisas, Mañalich afirma que la significación criminal de una tentativa de delito es derivativa de aquella propia del correspondiente delito consumado. En efecto, la falta de consumación solo puede ser constatada desde una perspectiva *ex post*, que opera como elemento constitutivo de la noción de tentativa. La acción solo puede aparecer en relación con aquello que se intentó. El concepto solo puede ser *negativamente determinado* como la acción que no llegó a la consumación de lo intentado. La noción de un delito no exitoso, imperfecto. Sin embargo, este concepto no presupone que la tentativa sería *primaria* a la consumación, o que la consumación sería el *éxito de la tentativa* correspondiente, lo cual conduciría a una noción de *tentativa consumada*, a una *contradictio in adjecto*. Por el contrario, Mañalich sostiene que la noción de delito consumado es conceptualmente primaria respecto de la tentativa. El significado ordinario de intentar y el concepto técnico de tentativa muestra un parentesco en cuanto a la connotación de un cierto *fracaso práctico* en una *actitud proposicional* de naturaleza *doxástica*²¹⁰. En la noción de tentativa el mundo actual (existente con posterioridad al comportamiento) resulta divergente del mundo posible (quien se representó que habría obtenido con su comportamiento), con independencia de que (intencionalmente) no lo haya perseguido. La noción de tentativa implica que lo resultante del comportamiento desplegado no se ajusta a una expectativa que la persona pudo formarse en la representación de las circunstancias que contaba²¹¹. La forma básica que puede asumir esa actitud doxástica es de una creencia predictiva cuya adscripción pueda dar lugar a una imputación a título de dolo eventual²¹².

El presupuesto mínimamente suficiente para la constitución de la respectiva falta personal que sustenta, a su vez, la atribución de responsabilidad jurídico-penal, según Mañalich, es el dolo eventual. Esto implica que la necesidad práctica subjetiva susceptible de ser exhibida por la conclusión depende, entre otros factores, de que la inferencia sea construida desde la misma perspectiva del o de la agente. Explicado con el ejemplo del río torrencioso, el empujón de A a B que lo hace caer a este al río cuenta como instancia de comportamiento susceptible de imputación como infracción de un deber, fundamentado por la prohibición del homicidio (A no reconoció la norma como razón vinculante), a pesar de que la acción ejecutada -no omitida- no llegó a ejemplificar el tipo de acción sometido al operador de la prohibición. En tal caso hay una discrepancia constitutiva de la estructura de toda tentativa, entre la creencia de la

²¹⁰ En cuanto a la relación de ajuste de la mente al mundo.

²¹¹ El estándar que hace reconocible un fracaso (en sentido débil) se identifica con una expectativa que el o la agente pudo formarse en virtud de su correspondiente creencia predictiva; aunque también puede referirse a cuando el o la agente tuvo la intención de dar lugar al estado de cosas que no llegó a conseguir (fracaso práctico en sentido fuerte). Todo fracaso práctico en sentido fuerte implica un fracaso práctico en sentido débil, no al revés (conf. Mañalich, *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 478 y ss., y nota 97 al pie de p. 480).

²¹² Ídem, pp. 483-484.

satisfacción probable de la descripción específica del comportamiento antinormativo, por un lado, y la falta de satisfacción objetiva de esa descripción a través de su comportamiento, por otro. Lo que vincula a una instancia de comportamiento que no alcanza la consumación con la forma de comportamiento antinormativo es el *contenido representacional de la actitud subjetiva* (dolo eventual), la representación de algún conjunto de circunstancias cuya verdad (realidad) implicaría la satisfacción de la descripción del género de comportamiento delictivo. Una actitud doxástica tal en cuanto creencia predictiva es suficiente para adscribir, *ceteris paribus*, la capacidad de omitir o ejecutar intencionalmente la acción que habría sido prácticamente necesaria para que la persona reconozca la respectiva norma de prohibición o de requerimiento como razón vinculante. La imputación a título de tentativa depende -según Mañalich- de que el o la agente haya contado con la creencia de encontrarse en una situación que le proveía la correspondiente oportunidad-para-la-acción, para omitir o ejecutar la acción que habría exhibido las propiedades fundantes de antinormatividad²¹³.

V.5. La dimensión del injusto de la tentativa como infracción primaria de la norma penal conformada por roles sociales.

Las extensas posturas desarrolladas en torno a la legitimación del ilícito penal de la tentativa van desde planteos estrictamente causalistas, pasando por argumentaciones en lenguaje normativo con influencia ontologicista, hasta pretensiones de justificación de índole estrictamente normativa. En efecto, se considera de utilidad, desde el punto de vista normativo, a las posturas defendidas por Jakobs y Pawlik. A pesar de las observaciones críticas que se puede realizar a cada una, de aquellas se rescatan aspectos relevantes a los fines de la presente investigación.

En cuanto a las ideas de Jakobs, en primer lugar, destaco el contenido del mensaje comunicativo de la pena sobre la persona infractora y el conjunto social en cuanto a la persistencia de la vigencia de la norma (de conducta) defraudada frente al carácter expresivo de negación del comportamiento delictivo hacia esa norma que rige el contacto social²¹⁴. En segundo lugar, que autor/a del delito sólo es aquella persona a la cual le incumbe un rol dentro

²¹³ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 483-486.

²¹⁴ Para concretar esta idea, Jakobs observa que el Derecho se trata a sí mismo como algo practicable, atento a que hay una atribución de capacidad de cumplimiento una vez que éste es conocido y que el reconocimiento de la posibilidad de error (en referencia al error de prohibición) supone una distribución del riesgo a costa del Derecho, necesaria si es que la practicabilidad general tienda a ser soportable. Para un Derecho practicable, el riesgo de desconocimiento es natural. No obstante, para ámbitos jurídicos no polémicos, solo es concebible un error de tipo inevitable o la exculpación si se trata de personas que pertenecen a otras culturas (conf. *Culpabilidad y prevención*, en *Moderna dogmática penal...* (2006), p. 136).

del contexto social en que se desempeña, dentro de una sociedad compleja caracterizada por contactos anónimos. La determinación del rol caracteriza los deberes a cumplir en el sentido de pautas de conducta que son infringidas por el comportamiento punible. En tercer lugar, tanto la conducta tentada como consumada constituyen expresiones de infracción a la norma penal (son cualitativamente idénticas), distinguiéndose sólo de modo cuantitativo por el grado de afectación a esta, exhibiendo la consumación mayor objetivación de la infracción. En cuarto lugar, la distinción de las fuentes de deber, entre la responsabilidad por organización -y en esta por grados de injerencia- y la responsabilidad por institución, gravita de modo directo para definir los contornos del rol. En quinto lugar, la evaluación de la racionalidad del comportamiento para imputar dolo y analizar la idoneidad de la conducta planificada está en función del carácter expresivo y comunicativo de esta ante la norma que vincula a la persona. En sexto lugar, el carácter cognitivo que acompaña a la ejecución de la pena a costa del o de la infractor/a asegura contra fácticamente la vigencia de la norma, implicando la pérdida de un derecho, pero no de la personalidad.

A las anteriores premisas se agregan otras de Pawlik, quien toma sendas ideas de Hegel. Primero, que el Derecho en cuanto realidad existente es praxis y requiere que el y la ciudadano/a colaboren en la formación y desarrollo de este. Con lo cual, el injusto penal (culpable) es la vulneración de un deber primario de contribuir a la realización del Derecho y lograr el desarrollo social en plenitud. Segundo, la infracción de aquel deber primario deriva en un deber secundario de soportar la reacción (la pena) para la confirmación del Derecho a costa del o la infractor/a. Tercero, que la pena se reputa parte de la praxis del Derecho, considerando el carácter cognitivo que encierra, más allá de lo simbólico, representa el ejercicio del poder coercitivo del Estado.

A través de lo enunciado, es posible formular una hipótesis con base en una fundamentación normativa del injusto penal de la tentativa, que particularmente permita distinguir cualitativamente entre las entidades normativas infringidas en el comportamiento tentado y consumado. Para esto son necesarias algunas consideraciones previas en torno a cómo se concibe el ámbito en que la norma penal funge en deber y cuando su inobservancia por el o la ciudadano/a alcanza el plano expresivo de lo penalmente relevante.

En efecto, en el sistema social, las personas se encuentran vinculadas con el ordenamiento jurídico a fin de regular y coordinar la conducta en general para lograr una convivencia pacífica. Para esto, se establecen un haz de derechos y obligaciones a cada uno/a para interactuar en los diversos procesos sociales. Dentro de este sistema, el sistema penal sólo garantiza el cumplimiento de algunos mandatos o prohibiciones contenidos en normas de conducta, a través de la amenaza de una sanción y la imposición efectiva de pena, luego de un procedimiento

formal que se sigue cuando la norma penal ha sido particularmente infringida. Es decir, las normas de conducta penalmente garantizadas al momento de verificarse su infracción pueden desencadenar la ejecución de la pena amenazada.

Tomando la distinción de Jakobs entre expectativas cognitivas y normativas, sólo las segundas requieren su reafirmación de modo contra fáctico. En efecto, las primeras en un mundo racional constituyen comunicación de común entendimiento que no necesita estabilización especial. Se trata de normas aseguradas de modo suficiente por vía cognitiva. Estas normas poseen auto estabilización y pueden concebirse como leyes naturales dadas previamente. Quien no las acepte pierde oportunidades dentro de la sociedad, figurando como incompetente, a la vez que -según Jakobs- su defraudación encierra una *poena naturalis* en mayor o menor medida. En cambio, las segundas integran las normas constitutivas de la sociedad. Surgen por razones sociales (contingentes). Estas no gozan de la estabilización natural de las primeras. Al contrario, requieren que una sanción contradiga el proyecto de mundo de o la infractor/a, que confirme a su costa (contra fácticamente) que esa afirmación es irrelevante, de modo que el contexto de la comunicación mantenga su configuración frente a modelos divergentes²¹⁵.

De este modo, el derecho penal viene a constituir una herramienta jurídica para coordinar las conductas nucleares para la integración del sistema social, de acuerdo con principios jurídicos de ascendencia constitucional y/o convencional, además de legales. La infracción de estas normas encierra tal gravedad porque suponen el rechazo de la posibilidad mínima de convivencia entre personas elevadas a la condición de ciudadanos/as. La intervención del Estado mediante su poder punitivo expresa que la pena es el único modo de resolver estos conflictos para mantener el núcleo social²¹⁶.

Ahora bien, el delito y la pena son comunicaciones que acontecen en sociedad. Desde la teoría del lenguaje implican el reconocimiento recíproco de pretensiones de validez. La persona infractora emite a través de su hecho una autocontradicción performativa y la sociedad responde a través de la pena. Ambas perspectivas son expresiones de sentido, comunicación que atribuye el propio sistema. En tanto comunicación, el delito y la pena son objeto de imputación. De esto se sigue que la comunicación en Derecho penal es una operación social. Pues bien, los sistemas sociales se conciben como diferencia, no como unidad. Para distinguirse entre sí y de su entorno

²¹⁵ Conf. Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en *Moderna dogmática penal*. Estudios compilados, México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 9-10.

²¹⁶ Un planteo similar resulta brindado por Robles Planas en *Dogmática de los límites...* (2015), pp. 27 y ss. Desde otro punto de vista, Silva Sánchez, en *Mallum Passionis* (2019), principalmente en Capítulo II, pp. 67-112, donde distingue entre infracción a deberes naturales y a deberes adquiridos (políticos), sosteniendo que para los primeros la imposición de la pena es insoslayable, aún frente a personas marginales (pena atenuada), porque necesariamente se deben observar en una convivencia humana pacífica.

utilizan códigos que determinan autorreferencialmente qué comunicación pertenece a estos y cuál heterorreferencialmente al entorno. En efecto, el Derecho y, en particular, el Derecho penal, son sistemas que se distinguen de otros a través del código *legal/ilegal*. Cada comunicación jurídica se vincula a otra y, a su vez, a nuevas posibilidades de comunicación. El sistema jurídico es autopoietico, autorreferencial, es decir, operativamente cerrado, compuesto de comunicaciones jurídicas cuya selección viene dada por estructuras de este carácter²¹⁷.

Para llevar a cabo la imputación, el sistema penal tiene una entidad orientativa para diferenciar la complejidad del entorno: la persona. A la persona se le imputan comunicaciones jurídico-penales. En concreto, la comunicación que se imputa o atribuye convierte en persona. La persona se define normativamente y sólo a ella se imputan acciones normativas. De este modo, el delito comunica el *código ilegal* del sistema penal mediante la categoría que simboliza el cuestionamiento de las normas: el injusto jurídico-penal²¹⁸. Esta comunicación genera que el sistema se cuestione a sí mismo y puede abrir una nueva configuración: la autoproducción del Derecho mediante la vigencia de sus normas²¹⁹. Esto se logra mediante la imposición o imputación de una pena. La pena representa el *código legal* del sistema, significando la negación del injusto penal culpable. Con la pena, el sistema y la sociedad confirman su configuración actual, a la vez que niegan otra alternativa (comunicación autorreferencial). La pena se orienta hacia el presente, permitiendo que el sistema alcance estabilidad dinámica cuando confirma su identidad²²⁰.

De este modo, la pena tiene una función adyacente de comunicación que vincula al autor/a, víctima y a terceros/as, expresando un medio simbólicamente generalizado que incrementa las posibilidades de éxito de la comunicación. El mensaje es que *la norma sigue vigente*. Desde esta perspectiva, en el plano interno del sistema, la pena es retribución comunicativa, y en su perspectiva externa, aumenta las probabilidades del éxito de la comunicación²²¹.

Dentro de un sistema concebido normativamente en un contexto social, con funciones racionales y relacionales, la acción de imputar un delito implica atribuir a la persona, en tanto ciudadano/a, que ha infringido un deber que le era de su competencia. Se comunica que su comportamiento no fue acorde a la expectativa generada por la norma de conducta

²¹⁷ Conf. Gómez-Jara Díez, Carlos, *Una teoría constructivista de la pena: La retribución comunicativa*, en El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Colombia, Universidad de Externado, 2008, pp. 108 y ss.

²¹⁸ Ídem, pp. 112-113.

²¹⁹ En sentido de sistema normativo, no de norma individual.

²²⁰ Conf. Gómez-Jara Díez (2008), p. 114.

²²¹ Ídem, pp. 117 y ss. En este plano serían aplicables las consideraciones del planteamiento original de Jakobs sobre la fundamentación de la prevención general positiva de la pena.

correspondiente. Ahora bien, la expectativa mínima y primaria es una actitud de fidelidad ante el Derecho. De modo tal que se estructura un orden practicable en función de estándares asignados para cada rol, que garantizan reglas funcionales en un mundo desmitificado para atribuir responsabilidad por su incumplimiento (responsabilidad en sentido estricto)²²², no por el resultado ceñido únicamente a un plano de causalidad física o psicológica (responsabilidad en sentido amplio, derivada del resultado). No responde aquella persona que haya causado el resultado, sino sólo a la que se le puede imputar²²³.

El rol es lo que dota de contenido general al modelo de conducta de quien se encuentra en la posición de llevarlo adelante. No se instituye de modo aislado o subjetivo. Al contrario, los roles están mediados por lo social, y lo reglamentario, para adscribir a la persona un ámbito de competencia que genera una expectativa racional de comportamiento futuro (un estándar). Los roles tienen la función de dotar de contenido a la norma de comportamiento, por lo que se convierten en una expectativa social institucionalizada que vincula la subjetividad de la persona con un mundo objetivo en sociedad, haciendo posible la configuración individual de la vida, a la vez que lo subjetivo sea accesible a los demás para lograr el entendimiento²²⁴. Esto encierra la idea que la persona es competente como titular de derechos y destinataria de obligaciones, se le reconoce libertad de autoadministrarse²²⁵, al tiempo de exigírsele conocimiento del contexto de su comportamiento y del sistema de normas determinante que establecen los límites de la configuración de sus proyectos personales, de lo inocuo (que debe tolerarse) o lo ilícito (que puede excluirse o repelerse).

Lo dicho puede reconducirse, por lo menos, en dos planos donde la imputación del comportamiento se abstiene o se concreta: lo *interno* y lo *externo*. La tradicional doctrina del *iter criminis*, en su derrotero, con fines analíticos, distingue entre la preparación y el comienzo de ejecución de la tentativa para delimitar prácticamente aquello que trasciende lo interno de la persona (v.gr. los pensamientos o los actos de la esfera de su intimidad), que supone la materialización de expresiones externas de comportamiento (acciones u omisiones), algunas con relevancia típica dependiendo del alcance del rol y la expectativa normativa en el contexto

²²² El destruir una vida humana *per se* no es más que un mero hecho natural. Sólo la presencia de una norma -con independencia de cómo esté fundamentada- convierte al sistema psicofísico en un ser humano que no debe ser asesinado sin razón (conf. Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (2006), nota 10 al pie de pp. 8-9).

²²³ Conf. Jakobs, *El principio de culpabilidad* (2006), pp. 83-86. Demarca que la culpabilidad es falta de fidelidad al Derecho manifestada (ídem, p. 114).

²²⁴ Como pudo observarse en el Capítulo III apartado 5.b. (pp. 36-44), el planteo de Kindhäuser sobre la tarea del Derecho penal como protección de las condiciones elementales de la integración social orientada al entendimiento (no violento), enuncia al injusto jurídico-penal como un menoscabo de esas condiciones bajo las cuales se puede coordinar la acción para alcanzar la orientación al entendimiento. En ese sentido, el juicio de culpabilidad es la defraudación del deber de lograr el entendimiento con el resto de los y las integrantes de la sociedad, en tanto que la lealtad comunicativa frente a la autonomía de los y las demás vincula a la persona con la norma. No hay derecho a lesionar deslealmente la autonomía comunicativa del resto (quebrantamiento) sobre una norma democráticamente establecida (conf. *La fidelidad al derecho...* (2011), pp. 67-114).

²²⁵ Conf. Jakobs, *El principio de culpabilidad* (2006), p. 114.

que se lleve a cabo el comportamiento. Sólo la conducta que reúne los elementos del tipo correspondiente de la Parte Especial se puede interpretar como un mensaje comunicativo contrario de la norma, no modificable externamente. Esta constituye un injusto penal punible - al menos- como tentativa.

La mayoría de la doctrina hace referencia a «*la tentativa de*», partiendo de la idea que el tipo penal se *amplía* en la tentativa para punir conductas que no alcanzaron a consumarse. En cambio, si se adopta una mirada desde la teoría de las normas, bajo una formulación funcionalista del Derecho penal, lo penalmente legítimo puede conceptuarse como la imputación de los comportamientos que aparecen como riesgos jurídicamente desaprobados de acuerdo con el rol del o de la autor/a (relación personal con la norma). Por eso, la *tentativa* y la *consumación* son maneras posibles de infracción de la norma penal. El comportamiento tentado se trata de un *delito*, no sólo de una entidad normativamente imperfecta²²⁶.

Conceptualmente, ¿cuándo el comportamiento no adecuado al rol se exterioriza por la creación de un riesgo desaprobado y es imputable a quien lo lleva adelante? Aquí juega la distinción entre los *actos preparatorios* y el *comienzo de ejecución* para superar el problema de cuándo el comportamiento traspasa hacia lo considerado punible, alejándose de lo impune.

El comienzo de ejecución en términos tradicionales se ha entendido como puesta en peligro de un bien jurídico. No obstante, desde la perspectiva normativa asumida en la investigación, puede entenderse que comunicativamente la conducta debe expresar un sentido racional de contraposición al rol titularizado que defraude la expectativa exigida por la norma de conducta penalmente garantizada. Esto debe ser un presupuesto mínimo y necesario para imputar cualquier comportamiento como un *comienzo de ejecución* típicamente relevante²²⁷. Lo determinante está circunscripto al rol en cada contexto social por el cual la persona debe observar o no ejecutar ciertas conductas para lograr el entendimiento en sociedad.

En primera medida, se parte de la idea de que el sistema normativo orienta el comportamiento de quienes integran el sistema social a través de la asignación de roles que tienen significación en expectativas de conductas para la persona adscripta al rol. Algunas de estas expectativas se encuentran enmarcadas en el mensaje prescriptivo contenido en las normas del sistema penal. El rol común a todas las personas en una comunidad de Derecho es,

²²⁶ Similar planteo ensaya Reyes Alvarado en *El delito de tentativa* (2016), pp. 97-98 y 102. Esto se esgrime en contrapunto a lo sostenido por Jakobs en una publicación de que tanto el o la autor/a imprudente, como en la tentativa, sólo producen un esbozo incompleto de la realidad, y en ese sentido, ninguno de los dos comportamientos es determinante, aunque sopesado porque el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito (conf. Jakobs, *El principio de culpabilidad* (2006), p. 100). También se acerca el planteamiento de Mañalich (ver Capítulo V apartado 4.c., pp. 164-167).

²²⁷ Para mayores consideraciones sobre el comienzo de ejecución y los delitos de peligro, ver *infra* Capítulo VII aparados 1.b.1. y 1.b.2., pp. 217-222.

precisamente, actuar con fidelidad a la norma²²⁸. De modo tal que el comportamiento no se orienta conforme a lo normativamente esperado cuando la persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado, expresando comunicativamente un mensaje racional de contraposición por la realidad acontecida sobre la esperada. Es decir, la creación de un riesgo penalmente desaprobado desorienta dentro del modelo normativo de las expectativas de no defraudación. En función de esto, con la creación del riesgo *comienza la ejecución del delito* -en sentido fuerte-, habilitándose la imputación por tentativa hasta la consumación como punto de clausura.

En segunda medida, el comienzo de ejecución puede entenderse, en sentido de imputación, como *lesión del deber de proteger la norma primaria*. Este deber se infringe con la conducta contraria a la expectativa (modelo de comportamiento), cuyo contenido lo determina el rol que ocupaba la persona al momento del hecho. Aquella infracción anida, a su vez, una expectativa *agregada* de readecuación al rol, que se circunscribe en un *deber de evitar* la defraudación de la expectativa de la norma penalmente garantizada por *no ejercer la facultad de desistir*. Dicho de otro modo, antes de consumir absolutamente el riesgo penalmente prohibido, la persona tiene el deber de cesar en su comportamiento riesgoso. En suma, el comienzo de ejecución implica la imputación del abandono de su ámbito de autonomía interna (impune para la persona) en el ejercicio inadecuado de su rol, según el ámbito de organización o de institución correspondiente, y el ingreso no permitido en una esfera jurídica ajena (riesgo jurídicamente desaprobado que materializa la conducta externa penalmente relevante), teniendo hasta la consumación el límite para readecuarse. En respaldo a lo sostenido, desde una perspectiva preventiva de protección de bienes jurídicos penalmente protegidos, Silva Sánchez concibe que la norma jurídico-penal es un juicio de valor unido a un imperativo, que se dirige a todos/as los/as ciudadanos/as en cuanto haya una posibilidad mínima de que lo reciban, con la pretensión de orientar la conducta en contra de la lesión²²⁹.

En tercera medida, la imputación por tentativa admite una distinción de cualidades en el comportamiento, analíticamente expresadas en tentativa *acabada* e *inacabada*, por un lado, y tentativa *idónea* o *inidónea*, por otro²³⁰. Con estas categorías puede diferenciarse entre grados de injusto en el comportamiento y adelantar elementos propios del tradicional juicio de reproche del ámbito de la culpabilidad al injusto (ilícito), lo cual incidiría de manera directa en la determinación de la pena.

²²⁸ La formulación del concepto toma como presupuesto que la expectativa normativa de comportamiento que la norma penal tiende a garantizar tiene una finalidad mediata: amparar el funcionamiento socialmente organizado de determinados bienes colectivos e individuales para lograr una convivencia pacífica.

²²⁹ Conf. Silva Sánchez, *Aproximación...* (1992), pp. 340- 341.

²³⁰ Distinción que será abordada con mayores precisiones *infra* en Capítulo VII apartado 2 (pp. 237-265).

Ahora bien, en sentido opuesto a lo sostenido por Sancinetti²³¹, el injusto de la tentativa y del delito consumado se entienden autónomos y diferenciables. La diferencia radicaría en que incluso en la tentativa acabada el comportamiento puede ser desistido, no así con la consumación. La principal razón es que se puede desistir porque aún el o la autor/a conservan un mínimo de autonomía personal para el ejercicio de esta facultad. Por esto, el resultado total del injusto no desistido es la consumación como imputación de la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado configurado como comunicación defectuosa que defrauda deberes normativamente garantizados: el deber de protección de la norma primaria y el deber de desistir. En este punto, para una correcta derivación del principio de culpabilidad, cabría preguntarse si ¿es la defectuosa motivación, o sólo el comportamiento, lo contrario a la expectativa normativa? La segunda opción se comprende, bajo el presente planteamiento, válida y necesaria.

En efecto, en la tentativa se imputa a la persona que bajo determinado rol de actuación ha infringido la norma de comportamiento con el comienzo de ejecución, y hasta la interrupción de su comportamiento por una causa ajena a su autonomía no revocó la defraudación de la expectativa normativamente garantizada con el ejercicio voluntario de la facultad de desistir del riesgo prohibido creado, mientras conservaba facultades de actuación dentro de su esfera de organización o marco institucional correspondiente. Vale decir, queda latente una puesta en peligro de consumación²³².

Ahora bien, los subjetivistas como Sancinetti aprecian que si el disvalor del hecho se define por los resultados *ex post* se impone reconocer que a toda tentativa le subyace una norma distinta en relación con la consumación; pero sí sólo *ex ante* se explicase el injusto por la contrariedad a una norma de comportamiento no existiría diferencia para dos acciones iguales, aunque sí al interior de la tentativa en la medida que no toda forma de tentativa alcanza el mismo comportamiento y cada paso tiene que constituir, a la vez, como parte de esta, un comportamiento en sí menor y distinto. De este modo, sostienen que las diferencias se dan sólo entre la tentativa incompleta y la acabada²³³. Sin embargo, como se hiciera mención en las consideraciones críticas sobre esta corriente, y particularmente sobre la Escuela de Bonn²³⁴,

²³¹ En la tentativa acabada radicaría el mayor juicio de injusto y reproche por el comportamiento, entendido como motivación defectuosa y que el resultado (consumación) se alcanza por causalidad y debe quedar fuera de ese juicio (conf. Sancinetti, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 25, 27 y 35 y ss.).

²³² El principio *in dubio pro-reo* puede tener una función determinante para el injusto de la tentativa: allí donde no es posible *ex ante* determinar si el o la autor/a desistirá de su comportamiento, corresponde menor reacción, pues en la consumación no puede haber posibilidad de duda.

²³³ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 392-393. Resalta que la norma de la consumación (entendida como tentativa acabada) es la que prohíbe el verdadero peligro de muerte, y la norma de la tentativa (entendida como inacabada, incompleta) un momento anterior, un peligro más remoto (ídem, nota 88 al pie de p. 392).

²³⁴ Ver capítulo V apartados 2.c., 2.d. y 2.e., pp. 136-149.

estos planteamientos incurren en una contradicción insalvable en cuanto a la punibilidad de la *tentativa inacabada*, ya que si el comienzo de ejecución depende únicamente de lo representado por la persona, estrictamente habría de considerar no punible la conducta si esta es consciente de no haber realizado todos los actos necesarios para que el resultado perseguido sobrevenga. Vale decir, deberían reconocer que la tentativa inacabada sería impune, pues la única conducta merecedora de pena es la tentativa acabada. Por el contrario, con la orientación teórica que se ofrece, partiendo desde una perspectiva que asocia la norma penal con roles, la norma de conducta (mandato o prohibición) se construye desde el rol que encierra la expectativa social de comportamiento que está llamada a cumplir la persona en un contexto determinado, traducido esto en el deber de evitar incurrir en una defraudación de esas expectativas normativamente garantizadas bajo la amenaza de sanción penal.

La tentativa se manifiesta, de esta manera, como una injerencia no permitida en esferas jurídicas ajenas, individuales o colectivas (incluyendo al Estado y los intereses colectivos como, por ejemplo, el medio ambiente). Esto resulta de importancia en la comprensión del injusto, puesto que la persona con su comportamiento en infracción se aleja cada vez más del cumplimiento del deber de desistir a medida que se introduce con mayor intensidad en la esfera jurídica no permitida. De aquí se pueden extraer grados de injusto hacia el interior del comportamiento tentado no desistido. En consecuencia, el mayor juicio de reproche es proporcional al mayor peso del injusto que recae en el delito consumado, pues en él la persona infringió absolutamente su rol comunicando un mensaje de total contradicción hacia la norma penal. Si se comportó de manera contraria a lo que el deber de conducta le imponía, la persona pierde su autonomía de libertad en virtud de que al consumarse la lesión de la norma hace inmodificable su modo de comunicación. Con esto se abre la posibilidad de la imposición de la pena que justifica el modelo de orientación vigente e implica para la persona el deber de soportar una grave vulneración de sus derechos, en tanto persona en Derecho.

De manera que el injusto de la tentativa es comunicación socialmente disvaliosa, normativamente conformada, que no aparece de modo imperfecto, sino que -de forma autónoma- se legitima externamente como la infracción a un deber primario de protección de la norma penalmente garantizada que instituye la obligación de mantener la indemnidad de esta, que hacia el *interior* se traduce en *grados de injusto (tentativa acabada e inacabada)* y al *exterior* en momentos normativamente *diferenciables* con el injusto consumado. Este último supone la infracción absoluta de la norma penal al no ser el comportamiento ilícito oportunamente revertido en cumplimiento del deber de desistir, que surge desde el momento del comienzo de ejecución. Con ello se logra converger en la configuración de una norma penal

compleja, de la que emanan deberes parciales y cumulativos orientados por roles que generan expectativas que, a su vez, proveen contenido suficiente a la norma para generar el mensaje determinante para que las personas en Derecho lleven adelante comportamientos adecuados a los fines de una pacífica y organizada convivencia social.

VI. EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA

VI.1. Consideraciones básicas.

El artículo 42 del Código Penal argentino establece que la tentativa es punible si el delito no llega a consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del o de la autor/a. No obstante, el artículo 43 establece que no estará sujeto/a a pena cuando desistiere voluntariamente del delito. Esta última disposición no aclara desde su literalidad, pero tampoco se desprende de su sistematicidad, ni aporta una categoría clasificatoria, para interpretar los criterios que permitan afirmar cuando se *desistió* del delito. Puede decirse que el artículo 43 viene a complementar al 42, puesto que *-ad argumentum-* la tentativa no es punible cuando falta la consumación a consecuencia de un acto voluntario de la persona. *A contrario sensu*, el desistimiento en la tentativa presupone que el hecho esté tentado, no consumado. La cuestión problemática es qué hay detrás del desistimiento voluntario para justificar la exención de pena.

En la legislación comparada reparamos que el artículo 16 inciso 2º del Código Penal español dispone que quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, estableciendo la alternativa de desistir de la ejecución ya iniciada o de impedir la producción del resultado. Por su parte, el §24.I.1 del StGB alemán establece la exención de pena para quien *desistiere*, distinguiendo entre el abandono voluntario de la realización posterior del hecho o de impedir su consumación¹. De estas normas de derecho comparado podemos inferir que desistir de la ejecución ya iniciada implica *abandonar la realización posterior del hecho* y que impedir la consumación del delito equivale a *evitar la producción del resultado*. Estas dos ideas rectoras serán el eje de análisis del desistimiento y la guía para la interpretación del injusto y la aplicación de las consecuencias correspondientes: tentativa o consumación.

En efecto, el desistimiento usualmente supone la interrupción de lo realizado (ejecución del hecho) o la anulación de sus efectos (evitación de la consumación). Según Jakobs, la

¹ Roxin señala que el vocablo *hecho* del §24 del StGB refiere a *hecho punible*, en el sentido de tipo penal jurídico-material, interpretación que se podría hacer extensiva al artículo 43 del código argentino. El delito es la realización jurídico-materialmente típica de un hecho punible concreto. Ahora bien, el especial hincapié que hace sobre la interpretación *hecho* tiene correlación práctica en casos donde el o la autor/a cambia de delito, adquiriendo importancia lo planificado para considerar si existe una *unidad de acción*, requiriendo el desistimiento -ahora- el abandono de la totalidad de la ulterior ejecución. Si se consideran *hechos independientes*, por el contrario, es posible el desistimiento voluntario de la primera tentativa (el primer hecho del plan) y la realización de un tipo en cada nuevo hecho con la aplicación de la teoría del concurso de delitos (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 739 nm. 421).

objetivación de la revocación (desistimiento) constituye el contrapunto del comienzo de la ejecución de la tentativa². Esta diferenciación es lo que comúnmente la dogmática designa como *tentativa inacabada* y *tentativa acabada*. La doctrina y la jurisprudencia se valen de esta, situando en cada caso si el injusto en ejecución tiene proximidad con la consumación³, determinando menor o mayor exigencia para la revocación (desistimiento) que alcanza la impunidad por el injusto intentado.

Existe consenso que cuando hay *tentativa inacabada* es suficiente el mero abandono del hecho, la omisión de actuar o la realización de la acción debida de manera subsiguiente al inicio de la ejecución en la omisión. Si el caso fuese de *tentativa acabada* se exige más, siendo necesaria la evitación total del acontecimiento que generó o contribuyó para su configuración⁴.

Como se puede ver, tanto nuestro orden jurídico-penal, como en otros comparados, el desistimiento tiene un efecto de prevención: detener, revertir o extinguir el injusto penal en un momento anterior a la consumación⁵. La dogmática clásica y la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX, y principios del XX, justificaba el desistimiento como una *oferta de exención de pena* para autor/es y/o partícipe/s, un *premio* por el obrar valioso que demuestra posteriormente al inicio de la ejecución.

En el *iter criminis* el presupuesto del desistimiento sería una conducta que todavía no ha causado el resultado. Roxin figura una *reversión consumada o intentada* de la puesta en peligro que caracteriza a la tentativa⁶. Este objetivo de política criminal al que todas las legislaciones recurren para otorgar la impunidad encierra algo más que el análisis del momento de ejecución de la acción típica de aquél interviniente que pretende beneficiarse de la exención del injusto. Además de establecer si se evita el resultado por el comportamiento emprendido, lo determinante radica -justamente- en valorar si fue *voluntario* o *involuntario* para ser acreedor/a de la impunidad. La doctrina y la jurisprudencia se orienta en la justificación material del desistimiento y la comprensión de este como voluntario que permite excluir la aplicación de una sanción penal (el interrogante sería *¿cuándo lo hay?*).

En esta panorámica se asumen dos maneras metodológicamente antagónicas de abordaje, que oportunamente serán desarrolladas. Por un lado, una orientación de base *psicologicista - causalista*. Por otro, una visión *normativa - teleológica - valorativa*. Al respecto, en mi opinión, detrás del desistimiento hay una norma de comportamiento en juego. Esta norma denominada

² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 898-899 nm. 1. También ver Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 128.

³ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 543.

⁴ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 898 nm. 1. Con el desistimiento el o la autor/a renuncia a su plan e impide el resultado mediante una omisión si es tentativa inacabada o un comportamiento activo si hay tentativa acabada (conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 161).

⁵ De allí su importancia político-criminal, varias veces resaltada por Roxin.

⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 605 nm. 34.

aquí como *norma agregada* se encontraría yuxtapuesta a la norma de comportamiento primaria vulnerada con el comienzo de la ejecución⁷. La infracción de esa norma operaría en sede de la norma de sanción con el siguiente mensaje ilocucionario: “*debes evitar la consumación de un delito, si quieres la impunidad, si no te corresponderá pena*”⁸.

Otra cuestión relevante del desistimiento voluntario es la discusión acerca de si excluye la *tipicidad* de la tentativa, o sólo la *culpabilidad*, o únicamente *cancela personalmente la punibilidad*. De acuerdo con la consecuencia sistemática que se asuma, derivarán otras en orden a la punibilidad, que en el contexto de una ejecución plural del injusto abarcará a cómplices, inductores/as y autores/as mediatos/as. Se pueden mencionar otras consecuencias sistemáticas para los intervinientes que desisten sí, y solo sí, se considera que su comportamiento precedentemente desistido implica una posición de garantía en relación con la indemnidad de la víctima o sí, desde la posición atacada, esta puede reaccionar en legítima defensa o debe limitarse a responder en estado de necesidad defensivo. El fundamento que se otorgue al desistimiento condiciona sistemáticamente las consecuencias. Pues bien, se comparte aquí la posición predominante de la doctrina y la jurisprudencia que el efecto jurídico-penal del desistimiento voluntario es la exclusión personal de la imposición del castigo (sea como causa de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad por ausencia de necesidad de pena). Con esto, independientemente de si el injusto se concibe como lesión de bienes jurídicos o infracción a la vigencia de la norma, las consecuencias se equilibran protegiendo a la víctima, en comparación a los costes que debería soportar si el injusto desistido eliminase o anulase la tipicidad.

En lo siguiente se mostrará una breve enunciación de las variantes teóricas sobre el desistimiento, tomando para su exposición la categorización efectuada por Roxin en su tratado sobre *Especiales formas de aparición del delito* publicado en español en el año 2014.

VI.2. Las visiones sobre la fundamentación del desistimiento voluntario

VI.2.a. Las teorías jurídicas antiguas

⁷ La norma en cuestión le impondría a su destinatario/a el deber de proteger la indemnidad de la norma penal mediante la evitación de la ejecución de un delito.

⁸ La expresión *consumación de un delito* se utiliza en sentido amplio, comprendiendo tanto la producción del resultado previsto en el tipo penal, como el inicio de la ejecución de la tentativa.

Entendían que el desistimiento voluntario hace desaparecer la tipicidad y la antijuridicidad del hecho como tal. Zachariä afirmaba que anula hacia atrás tanto la actividad exterior contraria a la ley, como la mala voluntad del o de la autor/a. Binding consideraba que la tentativa y el desistimiento eran una unidad, que retirarse voluntariamente de la consumación elimina la causa de un resultado perjudicial y la antijuridicidad (teoría unitaria). von Hippel interpretó el desistimiento voluntario como *elemento negativo del tipo*, que causa la exclusión del tipo⁹ o de la tipicidad, reconociendo consecuencias negativas para el castigo de los y las partícipes que intenta eludir ponderando renunciar a la accesoriedad, aunque contradiga la ley¹⁰.

Núñez Paz propone la clasificación de estas teorías en subjetivas y objetivas. Las primeras postulan la anulación o ausencia de la voluntad de consumación, o presumen que esa voluntad desapareció por el desistimiento. Las segundas sostenían la impunidad por la ausencia de algún elemento objetivo del injusto, sea la inexistencia del peligro (Binding) o la falta de afectación a la paz jurídica (Frank)¹¹. Zaffaroni se enrolaría dentro de esta última corriente, pues asume que el desistimiento voluntario es negación de la tipicidad precedente. Explica que el acto de desistimiento voluntario es una modificación del hecho, dado que la revocación cancela el peligro de lesión cuando el o la autor/a en una etapa posterior decide anular voluntariamente una tipicidad iniciada. Remarca que el pensamiento que objeta la atipicidad parte de la equiparación del dolo del delito consumado con el del delito tentado (que es, a su criterio, errónea¹²) porque el dolo no se interrumpe por sí mismo¹³.

Ahora bien, Núñez Paz señala que estas posturas parten de un punto de vista retribucionista de la pena (denominador común). Prescindir de este supone la falta de algún elemento esencial del delito¹⁴.

Roxin objeta que el suceso externo e interno no puede ser *anulado hacia atrás* (eliminado del mundo) porque la tentativa sigue como tal. Una consideración global no impide una exclusión de la antijuridicidad como hace Binding, pero la exclusión del injusto conlleva consecuencias desfavorables para la participación¹⁵, ya que el o la inductor/a y el o la partícipe deberían quedar impunes por el desistimiento voluntario del o de la autor/a por la falta de un

⁹ La expresión *tipo* hace referencia a la concepción del injusto como un tipo, que engloba la tipicidad de la conducta y su prohibición.

¹⁰ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 594 nm. 11; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 129-130 y notas 434-440 al pie respectivamente. Bacigalupo sostiene que en aquella interpretación subyace una confusión del tipo de la tentativa como presupuesto de la punibilidad y de la adecuación típica del comienzo de ejecución (conf. *Derecho Penal* (2016), p. 477 nm. 956).

¹¹ Conf. *El delito intentado* (2003), pp. 129-130.

¹² Recordemos la crítica que efectúa Sancinetti a la equiparación del dolo en la tentativa y en la consumación, que denomina *dogma de la identidad*, por las consecuencias desfavorables en el injusto dada la presunción del dolo y su repercusión en el plano procesal (ver Capítulo III apartado 5.a., pp. 31-36, y Capítulo V apartado 2.d., pp. 140-144).

¹³ Conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), p. 655.

¹⁴ Conf. *El delito intentado* (2003), p. 129.

¹⁵ Siempre y cuando se adopte un modelo de accesoriedad limitada en la participación.

hecho principal antijurídico. La impunidad del o de la actuante inmediato/a beneficiaría a un/a extraño/a que no desistió (ni ha querido), dejando impune la participación de los/as coactantes¹⁶.

Sin embargo, para quienes objetan la interpretación del desistimiento voluntario como excluyente de la tipicidad, Zaffaroni señala que se ven forzados a explicar la impunidad sosteniendo, *dentro* del sistema, que desaparece la culpabilidad; o resalta que por *fuera* de la teoría del delito, consideran el desistimiento como causa personal de cancelación de la punibilidad. A las dos alternativas, le achaca Zaffaroni que los/as partícipes del hecho desistido por el o la autor/a, cuyo plan fue revocado y no es peligroso, no podrían beneficiarse y resultarían penados por un aporte a un curso de acción cuyo peligro fue cancelado. Afirma que la única razón para la pena del o de la partícipe sería *la decisión de quebrar la norma*, estimando esto incompatible con el principio de lesividad¹⁷.

Núñez Paz replica a estas teorías que el desistimiento cambia la relevancia jurídica de los actos ejecutivos realizados, pero no niega la existencia misma de estos. El desistimiento no siempre supone la inexistencia del peligro para el bien jurídico, ya que muchas veces depende de factores causales¹⁸. Jescheck agrega que las razones provenientes de la discrecionalidad legislativa son actualmente resaltadas para la justificación de la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento, en función de cuáles sean los motivos será el alcance práctico sobre la determinación del concepto de voluntariedad¹⁹.

VI.2.b. La teoría del puente de oro.

En contraposición a las teorías jurídicas antiguas, Franz v. Liszt (1919) sostuvo que la punibilidad de la tentativa no podía ser *anulada hacia atrás*, ni hacerse desaparecer del mundo. En efecto, concibió el desistimiento como un estímulo o incentivo para que voluntariamente el o la autor/a se aparten de la consumación del delito con la promesa que la tentativa no será castigada. Un argumento de esta teoría era que no conceder la impunidad a quien ha iniciado la ejecución obligaría, en cierto modo, a consumir el delito. Por razones político-criminales el orden jurídico tiende un puente al o a la autor/a para la retirada del injusto²⁰. Esta teoría fue

¹⁶ Conf. *Derecho Penal* (2014), p. 595 nm. 12.

¹⁷ Conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 655-656.

¹⁸ Conf. *El delito intentado* (2003), p. 130.

¹⁹ Conf. Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 579 y nota 7 al pie.

²⁰ Conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), p. 476 nm. 952.

dominante en la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, llegando a marcar el BGH la falta de necesidad de expiación en el desistimiento voluntario²¹.

Roxin refiere que esta teoría recupera adeptos en la versión negativa más antigua de Feuerbach, aunque aclara se trata de una posición marginal²². Por ejemplo, Puppe sostiene que se trata de un puente de plata de la evitación del resultado -desde el punto de vista del salvamento para la víctima-, que debe mantenerse tanto tiempo como sea posible, pues elimina una barrera psicológica. De lo contrario, en la tentativa estaría asegurada de forma definitiva la punibilidad del delito.

Ahora bien, frente a la idea de que se debe proteger el derecho del o de la autor/a a desistir, considera Sancinetti que se trata, por un lado, de no extraer el caso del ámbito de la imputación del resultado a título de dolo y, por otro, de mantener el sentido motivacional de la protección del bien jurídico. Sí la persona ha cometido solamente una tentativa inacabada y ha desistido, la imputación dolosa por consumación o tentativa sería una manifestación del *versarii in re illicita*. Según Sancinetti, lo contrario implicaría que el o la autor/a tendría que motivarse por las dudas, lo que convertiría a la imputación por dolo en la vulneración de un deber de cuidado propio del delito imprudente. Asimismo, tampoco tendría sentido distinguir los presupuestos del desistimiento en la tentativa inacabada y acabada pues habría de motivarse a más el o la autor/a²³.

La principal objeción es que el motivo que debe constituir la base del desistimiento no se puede encontrar en la praxis judicial. La persona no se deja determinar al desistimiento por las consecuencias penales de la tentativa, cuyo conocimiento no puede presuponerse. Según Roxin, los presupuestos psicológicos no pueden explicar suficientemente el criterio de la voluntariedad. La promesa de impunidad podría constituir un motivo para desistir o un impulso a la consumación, cuando el o la autor/a se ven descubiertos y todavía podrían consumir el delito, pero temen ser detenidos. Desde la consideración de la víctima -agrega- habría de permitirse el desistimiento involuntario como liberador de pena²⁴. Por consiguiente, sólo

²¹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 596 nm. 16. Núñez Paz indica que en la jurisprudencia española se ha mantenido este punto de vista hasta mediados de la década del 80' del siglo pasado en las decisiones del Superior Tribunal Español. Por ejemplo, la SSTS 2-11-1983 (A. 6.717) o 7-6-1985 (A. 2.973) (conf. *El delito intentado* (2003), p. 131).

²² Quien indicaba que la ley crea un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el o la autor/a desista del hecho, pues si el Estado no deja sin castigo a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, entonces apremia en cierta manera a consumir el delito (conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 596 nm. 16). Zaffaroni indica que esta es la primera versión de la corriente teórica, antecedente de la teoría de *von Listz* (conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), p. 656).

²³ Conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 438.

²⁴ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 596 y ss. nm. 16 y ss. Jakobs objeta que con estos argumentos se podría dejar impune al asesino en su huida porque renuncia a matar a sus perseguidores (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 901 nota 9a al pie). En contra, Sancinetti señala que una teoría del ilícito no tiene por qué dar una respuesta única para la impunidad del desistimiento, a lo que la teoría del puente de oro no es totalmente ajena. La objeción del motivo de desistimiento es poco decisiva e implicaría negar sentido motivacional a las normas que crean la prohibición o el mandato penal por considerar que ciudadanos/as comunes difícilmente orienten su vida a la ley. Hipotéticamente la norma pone en funcionamiento una forma más de protección del bien jurídico (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 438, nota 203 al pie).

fundamenta la eliminación de la necesidad preventivo-especial del castigo, que en absoluto puede justificar por sí la punición. La teoría no contribuye a la cuestión de impedir delitos²⁵. Núñez Paz señala que la impunidad como un estímulo para el desistimiento es insuficiente para explicar por sí sola su razón de ser. La renuncia voluntaria a la consumación impide la punibilidad, aunque no haya sido motivada por esa perspectiva²⁶. Zaffaroni critica que, para estas teorías, la voluntad consumativa es considerada por la ley como una carga y la renuncia como un premio²⁷.

Jakobs, por otro lado, indica que en la práctica se trata de un motivo aislado, que no se ajusta a la tentativa cualificada²⁸ cuando lo consumado ya tiene alguna importancia, ni a casos de desistimiento de una tentativa objetivamente no consumada²⁹. Denuncia que se trata de política criminal con miras estrechas, que anula la igualdad ante la ley en aras de la conservación concreta de un bien. Interpreta que la impunidad establecida legalmente cabe entenderla como reconocimiento de un interés en el desistimiento³⁰.

VI.2.c. La teoría de los fines de la pena.

La doctrina y la jurisprudencia dominante en Alemania a finales del siglo XX desarrolló, con apoyo en sentencia del BGH alemán, la idea que la peligrosidad del o de la autor/a que desiste se minimiza, a tal punto que debe deducirse la falta de necesidad de pena. En efecto, frente al desistimiento voluntario el castigo penal no estaría respaldado por ningún fin de prevención de la pena (ni general, ni especial), tampoco habría necesidad de compensación de la culpabilidad (retribución). El BGH expresó que la ley prescinde de castigar porque la pena no parece necesaria para disuadir al o a la autor/a de cometer delitos en el futuro, intimidar a otros/as y restaurar el orden jurídico vulnerado³¹.

Esta tesis permite afirmar la inutilidad de la pena, desde una perspectiva de prevención general y especial, que supondría aplicar a quien desiste voluntariamente de proseguir su acción hasta la consumación. La pena -expresan- es un recurso necesario al que el Estado recurre para hacer posible la convivencia y mantener la delincuencia dentro de límites tolerables. Sólo sería

²⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 591-592 y 598 nm. 6 y 20.

²⁶ Conf. *El delito intentado* (2003), pp. 132-133.

²⁷ Conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), p. 656.

²⁸ La responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el interviniente por los actos ejecutados que fueran ya constitutivos de otro delito (conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 127).

²⁹ Aquellos injustos donde el o la autor/a no pueden influir en la continuación hasta la consumación o su frustración.

³⁰ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 901 nm. 5 y nota 9ª al pie.

³¹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 591 nm. 4, con cita a BGHSt 14, 75 (80).

necesaria la pena por la prevención general si la conducta produce una conmoción porque implica un mal ejemplo en la comunidad, no precisándose que la posterior conducta del o de la autor/a elimine esa conmoción con el desistimiento voluntario que evita el resultado. Desde el punto de vista de la prevención especial, el fin correctivo y resocializador carece de sentido porque la persona voluntariamente retornó a la legalidad³².

Roxin señala que la versión del BGH minimiza la peligrosidad de quien desiste y de eso hace derivar únicamente la falta de necesidad de pena. Frente a esto observa que la persona puede volver a llevar a cabo el delito. En sustento con la opinión de *Herzberg*, la suposición de la falta necesidades preventivo-especiales es un optimismo político-criminal, una especulación sin fundamento. Si las inclinaciones delictivas no pueden justificar la intervención penal en un Derecho penal del hecho, tampoco excluir el castigo. Lo que exime es el regreso a la legalidad de quien intentó el hecho³³.

Asimismo, se ha señalado que las afirmaciones de esta corriente teórica son inseguras e indemostrables. Algunas veces acude a criterios de equidad que adolecen de concreción. En otras oportunidades justifica la renuncia a la pena para quien desiste voluntariamente por los principios de última *ratio* y mínima intervención³⁴. Jakobs afirma que esta teoría formula lo evidente: el desistimiento no podrá estar configurado en oposición a los fines de la pena. Sin embargo, según sus partidarios la base del juicio es tácitamente la atenuación de la culpabilidad y las directrices para la decisión son consideraciones difusas del fin de la pena que obtienen de una teoría de la imputación imprecisa³⁵.

VI.2.c.1. La teoría modificada de los fines de la pena.

Roxin plantea una variante de la teoría de los fines de pena para fundamentar el desistimiento voluntario. Se basa en dos argumentos. En primer lugar, sostiene que desaparecen las necesidades preventivas especiales y generales de pena. La peligrosidad de la tentativa se elimina por la propia persona que desiste y también la conmoción jurídica. A la vez, el comportamiento confirma el Derecho en cierta medida, por la buena voluntad expresada en el

³² Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 135.

³³ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 591-592 nm. 5-6.

³⁴ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 136 y ss. Actualmente la doctrina alemana (Schönke-Schröder-Eser, Maurach-Gössel-Zipf, Jakobs, Stratenwerth, entre otros) acepta una combinación de diversas ideas para fundamentar el desistimiento. Sin perjuicio de esto, por intuición el desistimiento no puede configurarse en oposición a los fines de la pena. La peligrosidad de quien desiste se minimiza (falta de necesidad de pena), bastando el juicio legal de que la impresión jurídicamente perturbadora es eliminada por aquél (ídem, p. 138, notas 483 y 491 al pie).

³⁵ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 901 nm. 6 y nota 13 al pie.

retroceso y la evitación del resultado. La impunidad del desistimiento supone que el hecho no se consuma por la intervención del o de la autor/a. Además, atribuye trascendencia a la retribución como fin de la pena, puesto que el orden jurídico-penal vulnerado no necesita restauración retributiva³⁶.

Núñez Paz resalta que la regulación legal no descansa sobre el pronóstico real para el caso concreto, sino sobre suposiciones preventivo-generales. Para el desistimiento basta con el juicio legal de que la impresión jurídicamente perturbadora es eliminada por aquél³⁷.

Jescheck critica a esta tesitura que la voluntad del o de la autor/a en el momento de la tentativa puede haber sido suficientemente intensa para la consumación, y que el desistimiento a menudo es provocado por circunstancias externas azarosas, sin que disminuya la peligrosidad del hecho y de la persona. El merecimiento de pena no es anulado. *Jescheck* remarca que debe aceptarse una conexión de distintas ideas para la fundamentación de la impunidad, tal como la teoría del perdón con la idea de que el o la autor/a debería liberarse de la sanción (en sí merecida) si voluntariamente retorna al dominio del Derecho³⁸.

VI.2.d. Las teorías de la gracia, indulgencia o premio.

Una corriente dogmática mayoritaria en Alemania a fines del siglo XX postuló la impunidad como equivale a la recompensa por el *mérito* de desistir. Quien voluntariamente desiste y evita la consumación del delito borra la mala impresión de su hecho en la comunidad. El injusto y la culpabilidad de la tentativa se compensan con el contrapeso de la actuación meritoria, por lo que merece perdón. Es un acto legal de gracia para quien desiste por motivos éticamente valiosos³⁹. En Argentina, por ejemplo, Esteban Righi asumía esta teoría, resaltando su conveniencia político criminal como excusa absolutoria sobreviniente⁴⁰.

Jakobs marca que estas teorías no explican por qué ha de valorarse conjuntamente la tentativa antijurídica y el comportamiento desistido como si hubiera reciprocidad en el tipo de desistimiento y en la culpabilidad (voluntariedad)⁴¹. Núñez Paz indica que es un fórmula vacía

³⁶ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 593-594 nm. 9-10.

³⁷ Conf. *El delito intentado* (2003), p. 136 y nota 480 *in fine* al pie.

³⁸ Conf. *Jescheck/Weigend, Tratado de Derecho Penal* (2002), p. 580, y nota 15 al pie.

³⁹ Bockelmann sostenía que la persona equilibra, al menos en cierta medida, el peso del reproche de culpabilidad que le afecta, mediante un contrapeso de actuación meritoria (conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 598 nm. 22). Ver también en Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 133 y nota 463 al pie; *Jescheck/Weigend, Tratado de Derecho Penal* (2002), p. 579, entre otros.

⁴⁰ Conf. *Derecho penal* (2018), p. 543.

⁴¹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 902 nm. 8.

de contenido y se contradice cuando el desistimiento no excluye el castigo de los actos realizados constitutivos de un delito, que pueden llegar a ser más graves. Por ejemplo, una tentativa de estafa desistida que tuvo una falsedad como delito previo, o una tentativa de robo con un arma de fuego tiene consumado la precedente portación de esta. Señala que esta tesis impone una *moral esotérica del derecho*, por la cual la menor calidad ética del motivo fundamentaría la involuntariedad. Por ejemplo, el ladrón omite concretar su plan original ante la promesa de la víctima de regalarle el dinero que llevaba en su billetera, se entiende que no ha sido éticamente motivado frente a la satisfacción de su interés de modo menos peligroso. A lo sumo, la norma requiere un mínimo ético, más no un Derecho penal moralizante⁴².

Roxin critica que la teoría sólo proporciona una paráfrasis de la ley. Es cierto que el desistimiento voluntario se premia con la impunidad. La cuestión es *por qué*. La teoría se encasilla, y sus defensores recurren a la teoría de los fines de la pena. Por ejemplo, Wessels refiere que el desistimiento es un retorno a la legalidad y una compensación de la negativa influencia del o de la autor/a sobre la conciencia jurídica de la generalidad. Roxin afirma que la teoría es rudimentaria, sin significado independiente de la teoría de los fines de la pena⁴³.

VI.2.e. La teoría del cumplimiento y saldo de la culpa.

Herzberg (1987) argumentó que quien desiste voluntariamente se libra de la amenaza coercitiva estatal porque salda su culpa (deuda) mediante una actuación atribuible al o a la autor/a que cumple su deber de terminar y reparar el comportamiento injusto que da lugar a la amenaza penal. Con esto trae al campo penal el *principio de la compensación* que rige en el derecho civil. Se critica por esto que no es posible su traslado sin más. No existe un principio jurídico penal que la posterior reparación del daño anule o salde la punibilidad⁴⁴.

La impunidad total por desistimiento voluntario requiere una explicación adicional que Herzberg no da. Según Roxin esta postura parafrasea el texto legal del §24 del StGB alemán, sin responder a *por qué* el legislador renuncia a la pena. Otra objeción es que esta teoría *no*

⁴² Conf. *El delito intentado* (2003), pp. 134 y 146. Jakobs advierte que alejarse del hecho concreto en favor de consideraciones eticistas vulnera el principio del hecho (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 903 nm. 10). En el mismo sentido, Jescheck advierte que la ley se conforma con la voluntariedad del desistimiento sin exigir un valor ético al motivo (conf. Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal* (2002), p. 579).

⁴³ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 598-599 nm. 23.

⁴⁴ Núñez Paz la denomina *teoría de la disminución de la voluntad criminal*. Señala que intenta oponerse a la teoría del puente de oro, postulando que el desistimiento supondría una disminución de la intensidad de la voluntad criminal, e indica que ha tenido receptividad en la jurisprudencia del TS español en SSTs 21 - 12 1983 (A 6717) y 7-6-1985 (A 2973, Y STS de 15-10-1991 (JP) R91P 1121 (conf. *El delito intentado* (2003), notas 469 y 474 al pie de pp. 134-135).

explica el criterio de la *voluntariedad* en el desistimiento liberador de pena, ya que en el desistimiento involuntario y en la tentativa fracasada también se liquida el delito, sin que haya lugar para la impunidad. Tampoco explica los casos de desistimiento en una tentativa inidónea, pues si no existe amenaza de peligro no hay compensación posible, aunque es posible desistir voluntariamente. No alcanza que se tomen en cuenta criterios de prevención. Por ejemplo, el ladrón sorprendido por el morador de la vivienda, que abandona el lugar, no cumple con su deber de respetar la propiedad ajena, por lo que es un desistimiento involuntario (punible por razones preventivas). Roxin señala que Herzberg explica la relación de tensión entre el principio de compensación y la necesidad de prevención, pero *fundamenta* la punibilidad en razones preventivas. A esto se agrega que no puede explicar la regulación del §24 II StGB alemán sobre la *conducta voluntaria y seria pero infructuosa* que no impide, ni liquida nada, aunque permite la impunidad. Por estos argumentos, Roxin arguye que es una teoría que representa un regreso a la teoría de los fines de la pena⁴⁵.

VI.2.f. El desistimiento como modificación del hecho.

Según Jakobs, el desistimiento es un comportamiento posterior al hecho. En efecto, en sentido estricto, el hecho como comportamiento punible (tentativa) concluye con un comportamiento contrapuesto, pero inconcluso. El desistimiento vendría a ser la modificación del hecho (de la tentativa), sin desvanecer retroactivamente lo ocurrido. El o la autor/a al cesar la tentativa e impedir la consumación cumple un deber que no supone un merecimiento especial, ni gratificación alguna, frente al *status quo ex ante*. En réplica a las teorías jurídicas, Jakobs sostiene que el desistimiento domina sólo en cuanto al resultado, no la culpabilidad y el injusto de la tentativa⁴⁶.

Ahora bien, el desistimiento es finalización de la tentativa, imputable al o a la autor/a como contrapunto del comienzo de la ejecución. Esta objetivación no puede aparecer como un suceso del que se distancie quien lo lleva a cabo. La voluntariedad hace a la imputabilidad, que se corresponde con la culpabilidad en la tentativa. No obstante, la evitación mediante motivación voluntaria no puede hacer desaparecer el quebrantamiento de la norma (la tentativa), que no se habría producido de haber cumplido con su deber de fidelidad al Derecho. Por esto, el desistimiento hace posible la *renuncia a la pena*, aun cuando queda *un resto de*

⁴⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 600-601 nm. 26 y ss.

⁴⁶ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 899 y 901 nm. 2 y 7.

injusto, porque expresa una minimización del quebrantamiento de dar comienzo a la ejecución del tipo y de la deslealtad (culpabilidad) a la norma. De esta manera, el desistimiento es modificación del hecho en todos los estratos del delito, no una neutra causa de exclusión de la pena⁴⁷.

El desistimiento solo puede tener lugar plenamente en la tentativa inacabada, porque al no seguir actuando se fundamenta al interior de la tentativa la modificación de la configuración de la conducta (hecho) como un contrapunto al comienzo de ejecución, minimizando el quebrantamiento de la norma por su brevedad. Excepcionalmente admite el desistimiento en la tentativa acabada si la persona todavía domina con seguridad, de acuerdo con su plan, todos los riesgos generados por encima del riesgo permitido, que posibilitan de modo planificado y seguro revertir la realización del tipo. De lo contrario, el hecho está concluido y todo lo efectuado es un comportamiento posterior al hecho que no puede revertir lo pasado⁴⁸.

Se critica a la tesis de Jakobs la restricción o exclusión de las posibilidades de desistimiento en la tentativa acabada, convirtiendo al caso de reserva de una ulterior capacidad de reversión en un acto preparatorio o una tentativa inacabada con posterioridad a la omisión de su activación. Con lo cual, la tentativa acabada se alcanzaría solo por omisión por la inactividad desde el instante en que la posibilidad de revocación deja de ser segura. El concepto de *reversión segura* es incompatible con el de tentativa acabada. Tampoco el desistimiento *ex post* puede tener efecto de anulación sobre la infracción de la norma de la tentativa⁴⁹.

VI.3. Algunos criterios determinantes para afirmar la existencia de desistimiento.

Según Roxin objetivamente el desistimiento consiste en una reversión consumada -o al menos intentada- de la puesta en peligro, cuando la persona podría aún alcanzar el resultado. Esta reversión se lograría subjetivamente en la medida que no haya alcanzado aún su objetivo (dolo consumado) y crea todavía poder alcanzarlo (dolo de tentativa). En efecto, de acuerdo con su significado lingüístico, el *desistimiento* exige una conducta en sentido contrario antes de alcanzar la finalidad perseguida. Jakobs sostiene que el abandono del hecho sólo es factible en

⁴⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 899-900 nm. 2. Esta idea es seguida por Bacigalupo, quien considera que la persona resulta menos culpable en la consideración global del hecho (conf. *Derecho Penal* (2016), pp. 476-477 nm. 955).

⁴⁸ Conf. *El desistimiento como modificación del hecho* en Moderna dogmática penal. Estudios compilados, México, Purrúa, 2006, pp. 523-533 y 538-542. También, ver Domínguez Correa, *El desistimiento de la tentativa* (2013), pp. 66-69. Esta tesis es tomada de modo expreso en el fallo de la CNCCyC (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional), Sala III, Causa nro. 12.701/2014, Registro 437/2015, "Rodríguez, Rodolfo Iván s/ robo con armas", 2015/09/07, voto del juez Mario Magariños.

⁴⁹ Conf. Domínguez Correa, *El desistimiento de la tentativa* (2013), pp. 69-70.

una situación que permite aún la posibilidad de desarrollo ulterior del plan con perspectivas de resultado⁵⁰. La idea genérica es que los requisitos del desistimiento se *incrementan* según se trate de una tentativa inacabada o acabada, vinculando íntimamente la tipicidad con el avance de la conducta.

VI.3.a. El desistimiento en la tentativa inacabada.

El abandono del hecho sólo es factible cuando el o la autor/a no han perdido aún sus alternativas de conducta (consumar o desistir). La valoración de la reversión debe ser objetiva, siendo suficiente la *representación de la persona* que el resultado no llegará a producirse cuando intente revertir la puesta en peligro⁵¹.

En la tentativa inacabada, la forma de desistir -según la doctrina dominante- se logra mediante la *renuncia o abandono*. Por ejemplo, el ladrón que extiende la mano hacia el objeto que quiere robar, se detiene y retira. Aunque podría apoderarse de la cosa, renunció y desistió. Se excluye el desistimiento si el resultado se produce a pesar de la renuncia a seguir actuando. Se trata de los llamados *casos de consumación prematura*. Por ejemplo, quien cesa en el envenenamiento en la creencia que la dosis administrada no basta para producir la muerte, pero la víctima fallece a consecuencia del veneno. Roxin sostiene que en estos casos hay *delito consumado* porque la *acción dolosa* causó el resultado y la representación del o de la autor/a de continuar con acciones ulteriores es un error irrelevante sobre el curso causal que no impide la imputación objetiva. En este caso, los esfuerzos serios para impedir el resultado fundamentan el desistimiento (en referencia al §24.I.2 del StGB), incluso si no alteran la puesta en peligro previamente producida⁵². En efecto, detenerse en la creencia que aún no se ha hecho nada suficiente para causar el resultado es interpretado como un esfuerzo para impedir. A la inversa, quien por falta de municiones en el revólver cree no poder seguir ejecutando el hecho, su dolo de realización se extingue, excluyendo el desistimiento porque se impide la prolongación de la tentativa⁵³.

Jakobs se muestra contrario a la solución de Roxin. Soluciona el caso como un error, considerando un concurso entre tentativa dolosa inacabada idónea y consumación imprudente

⁵⁰ Conf. *Derecho Penal* (2014), p. 645 nm. 156. También ver en Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 902 nm. 9.

⁵¹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 904 nm. 11-12.

⁵² Conf. *Derecho Penal* (2014), p. 643 nm. 152. El §24.I.2 establece que si el hecho no se consuma sin intervención de quien quiere desistir, quedará exento/a de pena si se ha esforzado voluntaria y seriamente para impedir la consumación. Esto supone que el hacer de quien desiste sólo ha llevado el hecho hasta la tentativa.

⁵³ Ídem, pp. 606-607 nm. 38-39 y 41-42.

(en sentido semejante a *Zielinski, Herzberg, Frisch, Hruschka, Armin Kaufmann*). No se trata de secuencias de cursos causales, sino de imputación. No se puede imputar un hecho doloso cuando la persona desconocía las condiciones específicas del resultado. La solución de la consumación pretende una ampliación de la protección de bienes jurídicos (después del hecho es tarde), desconociendo la función del Derecho penal de resolver conflictos sociales y de que el desistimiento opera en favor de la norma y en contra del hecho. La posición de Roxin es imputación objetiva (idea del *versari in re illicita*) que desconoce la responsabilidad por la producción imprudente del resultado desde el punto de vista subjetivo⁵⁴.

Ahora bien, en caso de un injusto divisible, se puede desistir de un *injusto parcial* si se abandona uno de los cursos causales del hecho, siempre que el curso causal conducente al resultado no esté ya parcialmente fracasado⁵⁵. Por ejemplo, quien arroja una bomba a dos víctimas (comienzo de la tentativa) vacila a quien salvar hasta que una queda fuera de peligro. En este ejemplo, desiste del injusto en relación con una y lo consuma respecto de la otra víctima. En casos de injustos dispuestos escalonadamente, el o la autor/a puede abandonar la realización del *injusto cualificante* antes de que se produzcan las circunstancias de la cualificación. Por ejemplo, quien penetra en una vivienda con dolo de robar desiste del robo si ante la posibilidad de contacto con el morador decide sólo hurtar⁵⁶. No juega la imputación del abandono de la realización del hecho cuando la persona pasa efectivamente del delito base intentado a una cualificación o a un tipo cualificado autónomo. Por ejemplo, quien debe emplear violencia en la víctima para apoderarse de un bien convierte el hurto (delito base intentado) en un robo (tipo cualificado)⁵⁷.

VI.3.b. El desistimiento en la tentativa acabada.

Las reglas de la tentativa acabada se aplican cuando, tras la ejecución, el o la autor/a cuenta con la posibilidad de que sobrevenga el resultado. También si al momento de detenerse no sabe si el resultado se producirá a consecuencia de lo realizado. En general se afirma que la consumación debe ser evitada mediante una actividad propia para quedar impune, sin perjuicio de poder servirse del auxilio ajeno. Siempre ha de ser el o la interviniente quien inicie para que

⁵⁴ Si el injusto no exculpa cuando hay ceguera ante los hechos, el desistimiento no deberá inculpar la ceguera compatible con la motivación favorable al Derecho (conf. *Jakobs, Derecho Penal* (1997), pp. 362-363 nm. 76 y 905 nm. 12-13 y notas 23 y 23a al pie).

⁵⁵ *Ídem*, p. 916 nm. 27.

⁵⁶ *Ídem*, p. 905 nm. 13a.

⁵⁷ Conf. *Roxin, Derecho Penal* (2014), p. 740 nm. 422-423.

sea imputado como obra propia⁵⁸. De acuerdo con la teoría de los fines de la pena, agregando la protección del ámbito de la víctima, Roxin sintetiza que quien tiene por posible la producción del resultado, o está convencido que se va a producir, de acuerdo con su representación, ha puesto en marcha el peligro de realización del resultado delictivo⁵⁹.

En efecto, el desistimiento excluyente de pena exige una conexión causal entre la reacción activa y eficaz y la no producción del resultado. Si se quiere un equivalente a la imputación objetiva del resultado. Ahora bien, ¿cómo debe darse esa relación de imputación del salvamento? Existen dos posturas divergentes: la *teoría de la apertura de oportunidades* y la *teoría de la actuación óptima*, apareciendo la *teoría de la diferenciación* como una combinación de aquellas dos.

VI.3.b.1. La teoría de la apertura de oportunidades.

Un sector de la doctrina exige que la evitación del resultado sea imputada objetivamente a la persona como obra suya cuando *ex ante* abrió una posibilidad de salvación (dolo de evitación) que la propia víctima no se podía procurar. Esta faltará, por ejemplo, en el caso de quien pasa a su padre herido una guía telefónica para llamar a emergencias, si este la pudiese alcanzar por sí mismo (*caso de la guía telefónica*). Se afirma que los cursos causales hipotéticos no pueden cambiar la causalidad de la conducta precedente⁶⁰.

A favor de esta tesitura se sostiene que respeta el principio de legalidad si la salvación tiene éxito y abre una oportunidad imputable a quien desiste, aun cuando no haya empleado un medio óptimo o podría haber hecho más. También beneficia a la víctima porque a quien desiste no se exige mayores esfuerzos que eleven el riesgo de ser descubierta de la previa tentativa, como el caso de la mujer herida que fue dejada a metros del hospital. Asimismo, se señala que respeta los criterios de imputación objetiva del resultado al exigir que se concrete la creación de la oportunidad de salvación⁶¹.

Se observa a este planteamiento que no presenta una relación simétrica entre el tipo de injusto y el desistimiento. La acción de salvamento debe aparecer *ex ante* objetivamente adecuada para evitar el resultado y que se traduzca en la no producción del resultado⁶².

⁵⁸ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 907 nm. 15.

⁵⁹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 649 nm. 166-167.

⁶⁰ Ídem, pp. 666 y 668 nm. 212-213 y 220, con cita de la Sala 4ª del BGH en la sentencia BGHSt 33 (*caso del disparo en la sien*), indicando que impide el hecho si hasta el momento en el que ya no es posible evitar el resultado desencadena un nuevo curso causal co-causante de la no consumación del hecho (ídem).

⁶¹ Ídem, pp. 669, 672 y 675 nm. 225 y 234-243.

⁶² Conf. Domínguez Correa, p. 107.

VI.3.b.2. La teoría de la actuación óptima.

Otra corriente teórica seguida por Jakobs, Rudolphi, Bloy, Jäger, entre otros, también receptada en la jurisprudencia del BGH alemán, exige que el desistimiento represente el *aprovechamiento óptimo* de la oportunidad de evitación. El planteamiento restringe el ámbito liberador de pena del desistimiento. Presupone que *ex ante* la persona considere segura la evitación (verificación extrema), y asimismo realice la actuación esperada, excluyendo cualquier posibilidad de que el resultado se produzca⁶³.

En la sentencia del BGHSt 31, 46 (que figura en Roxin como *caso del hospital*), un hombre con dolo eventual había intentado matar a su mujer mediante maltratos peligrosos. Luego se arrepintió y la condujo hasta el hospital para que salven su vida. La dejó a metros de una entrada lateral para no ser identificado. La mujer quedó inconsciente en unos matorrales hasta que unos transeúntes la ingresaron al nosocomio. Finalmente se salvó, aunque habría fallecido si no la ayudaban los paseantes. El tribunal alemán consideró insuficientes las medidas de evitación del resultado, exigiendo que las acciones de salvamento resulten objetivamente suficientes, y también desde el punto de vista de quien desiste. Es decir, la persona no se puede conformar con una probabilidad insuficiente, si tiene a su disposición mejores posibilidades de evitación debe agotarlas. De modo antagónico, Roxin entiende que la teoría de la apertura de oportunidades resuelve el caso, confirmando una salvación imputable al autor⁶⁴.

Como contrapunto, Jakobs expresa que la evitación segura exige que la persona *invierta* en el desistimiento lo mismo que en la tentativa. De lo contrario, la impunidad por la sola posibilidad de evitación sólo puede fundarse en el interés por el mantenimiento del bien. La actuación óptima, en cambio, se fundamenta en la *responsabilidad por injerencia* derivada de la creación de un peligro de resultado. En la tesis de la apertura de oportunidades siempre quedaría una *tentativa por omisión* no desistida y punible. Por ejemplo, para la apertura de oportunidades hay tentativa de homicidio para el incendiario de una vivienda que avisa antes por teléfono a los moradores para evitar su muerte y tiene éxito, aunque juzgó probable la producción de esa consecuencia; pero si avisaba con éxito después de comenzar el incendio, desistiría eficazmente⁶⁵.

⁶³ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 913 nm. 22; Domínguez Correa, *El desistimiento de la tentativa* (2013), p. 108.

⁶⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 667-668 nm. 219-220 y p. 671 nm. 230.

⁶⁵ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 912 nm. 21. *Óptimo* significa que el esfuerzo para evitar tiene que eliminar el dolo con seguridad (ídem, notas 40 y 42 al pie de p. 912). Ver también en Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 457 nm. 75 y 674 nm. 240.

Plantean Puppe y Weinhold que, sobre la base de la actuación previa, se deduce un deber de examinar si la víctima está en peligro y hacer todo lo posible para salvarla. Está vedada la exención de pena si la persona se convence irreflexiva o imprudentemente que el resultado no se va a producir, aunque esto ocurra. Roxin, en desacuerdo, afirma que esta concepción equipara sin razón la imprudencia con una tentativa dolosa. En el desistimiento la persona renuncia al dolo de causación. En el supuesto del incendiario hay ausencia de una situación que motive a impedir el resultado⁶⁶.

Ahora bien, para esta teoría si quien desiste solo disminuye el riesgo de resultado, el restante riesgo creado es imputable como *consumación* o *tentativa fracasada* si hay o no resultado. Por ejemplo, el desistimiento de la tentativa de homicidio ocasiona lesiones graves. Además, todo esfuerzo por evitar el resultado que no surte efecto con seguridad -según Jakobs- corresponde su valoración como comportamiento posterior al hecho⁶⁷. También se pune si quien desiste crea varios riesgos que *no pueden ser revocados* en su totalidad. Por ejemplo, quien envenena y arroja al río a la víctima no puede desistir de la tentativa de homicidio por envenenamiento -aunque no muera-, pero sí del homicidio por sumersión sí saca a la víctima del río. Algunos sostienen que no hay desistimiento por disminuir un riesgo con relación al resto. Por ejemplo, sólo por procurar un chaleco salvavidas a la víctima no significa evitar que se ahogue, por lo que debe responder por la posibilidad de esto y de envenenamiento, aun cuando no se verifique⁶⁸.

La posición de *Jakobs* llega al extremo de sostener la responsabilidad por tentativa de quien *ex ante* de la ejecución emprende una medida contraria eficaz (pero *no óptima*) en cuanto al resultado, pero acepta la impunidad de quien *ex post* desiste empleando una *medida óptima*⁶⁹. Por su parte, Roxin sostiene que se *excluye* el desistimiento cuando el resultado se produce a pesar de los esfuerzos para desistir. Por ejemplo, quien hiere con un cuchillo en el cuello para matar, lleva a la víctima al hospital y en el camino muere desangrada⁷⁰. No obstante, no sería imputable si el riesgo realizado no se corresponde con el peligro objetivamente creado por la tentativa. Por ejemplo, la víctima falleció a causa de un accidente de tránsito en la ambulancia, o se negó a recibir ayuda o estorba las medidas de auxilio para revertir el riesgo⁷¹.

⁶⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 651-652 nm. 174.

⁶⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 910 nm. 19a.

⁶⁸ Ídem, p. 911 nm. 19a.

⁶⁹ En definitiva, lo adecuado es exigir que *ex ante* el autor o la autora verifiquen cuidadosamente que es segura la evitación, para no privilegiar al autor optimista a la ligera (ídem, pp. 912-913 nm. 21-22).

⁷⁰ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 605-606 nm. 37. Según Roxin, quien crea una situación peligrosa con dolo de consumación habrá percibido (presunción) la posibilidad de causación del resultado, salvo indicios específicos que lo desmientan (ídem, pp. 607-608 nm. 45).

⁷¹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 911 nm. 20.

Un argumento a favor de esta la teoría ha sido que el método empleado para evitar el resultado vincula el hacer precedente. En caso de producción del resultado se imputa el hecho como consumación dolosa puesto que quien intentó desistir terminó actuando con dolo eventual sin un acto de reversión suficiente. Por eso, Puppe renuncia a la punición de la tentativa con dolo eventual para abrir paso a la teoría de la apertura de oportunidades, idea censurada por otros⁷². En segundo lugar, el *esfuerzo voluntario y serio* (§24.II.2 del StGB alemán), como condición para desistir en la tentativa inidónea, exige para el desistimiento una aportación óptima igual o mayor en la tentativa idónea⁷³. En tercer lugar, si a la persona garante se le exige una actuación óptima no puede exigirse menos a quien desiste de una tentativa acabada, dada la responsabilidad por omisión subsistente por la injerencia previa. Sólo el empleo óptimo de las oportunidades disponibles excluye la responsabilidad. En cuarto lugar, a quien hace esfuerzos mediocres se debe imputar la tentativa por los riesgos subsistentes de producción del resultado⁷⁴.

Los partidarios de la teoría de la apertura de oportunidades replican que no existe una relación necesaria entre esfuerzo óptimo y salvación. En la tentativa inidónea falta cualquier contribución real a la evitación del resultado, exigiéndose mayor esfuerzo desde la representación de quien desiste en comparación con la tentativa idónea. Resaltan que carece de sentido requerir esfuerzos excesivos y objetivamente innecesarios. Según Roxin hay igual valor en las actuaciones aproximadamente equivalentes, excluyéndose el desistimiento cuando la persona se conforme con una probabilidad de fracaso clara, como el caso del hospital, cuyas alternativas posibles (más alta probabilidad de salvación) eran llamar al servicio de urgencias, transportar a la víctima hasta dentro del hospital o dejarla en la puerta de entrada principal⁷⁵.

VI.3.b.3. La teoría de la diferenciación.

Como alternativa a las dos anteriores, intentando su integración, distingue si la evitación del resultado es imputable a una *actuación de propia mano* o a la *intervención de terceros/as*. Se aplicaría la teoría de la apertura de oportunidades si la actuación salvadora es de propia mano y la teoría de la actuación óptima si la salvación corresponde a la actuación de terceros/as, exigiéndose que quien desiste haya utilizado las mejores posibilidades de salvación

⁷² Por ejemplo, Jakobs en *Derecho Penal* (1997), notas 40 y 42 al pie de p. 912.

⁷³ Argumento difícil para introducir en Argentina, cuyo código no contiene una cláusula como el alemán.

⁷⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 673 y ss. nm. 237-250.

⁷⁵ Ídem, pp. 676 y ss. nm. 247, 249 y 253.

cognoscibles. En este último supuesto, diferencia si el o la autor/a solamente hizo posible la conducta salvadora de otra persona (ejemplo del caso del hospital) o puede ser considerada una intervención pluripersonal tal como una coautoría, inducción, cooperación o autoría mediata. Si la situación se configura como una autoría mediata o coautoría de salvación será voluntario el desistimiento. Por ejemplo, el autor obliga a un tercero, que de otra manera no lo hubiera colaborado, a llevar con su auto a la víctima gravemente herida hasta el hospital (supuesto de autoría mediata). El autor con ayuda de un tercero saca del río torrencioso a la víctima que antes había arrojado y no sabe nadar (supuesto de coautoría)⁷⁶.

La regla es que quien desiste debe *co-dominar* la evitación del resultado en caso de intervención de terceros/as. Si se requiere un/a profesional especializado/a que hace acudir, si de acuerdo a las circunstancias es suficiente, bastará la inducción sin co-dominio. Pero si debe proporcionar información, esta debe ser adecuada al hecho. Un caso resuelto por la Sala 2ª del BGH NStZ 1989, 525 (que Roxin apunta como “caso del veneno E-605”) trataba de una mujer que administró a su marido una dosis de veneno E-605, que si no recibía atención médica inmediata fallecía. La mujer llamó al servicio de emergencias. Asistió un médico, al que le ocultó la información del veneno, indicando que su marido había tomado café y una pastilla azul. El tribunal resolvió que no había desistimiento porque la mujer silenció su autoría renunciando a su voluntad de salvación. La información proporcionada no fue suficiente para una intervención inmediata y efectiva del profesional⁷⁷.

Bajo la teoría de la actuación óptima se rechaza el desistimiento cuando el o la responsable aparecen solamente como *cooperador/a de la salvación*. Roxin distingue, de acuerdo con la teoría de la diferenciación, si el *aporte* es sustituible o no. Si lo es, no influirá necesariamente sobre la actuación del tercero/a (supuesto de co-dominio), y no habrá actuación de evitación. Por ejemplo, en una playa de estacionamiento con otros vehículos disponibles, quien desiste presta su automóvil para que otra persona traslade a la víctima que había herido⁷⁸. Si el aporte es *insustituible* resulta decisivo y óptimo para la salvación. Por ejemplo, quien previamente envenena a la víctima, pero facilita al servicio médico el antídoto para la cepa suministrada. Desde esta perspectiva, el aporte en el caso de la guía telefónica se volvería insustituible si el padre no la podía alcanzar⁷⁹.

⁷⁶ Ídem, pp. 675 y ss. nm. 243 y ss.

⁷⁷ Ídem, pp. 671 y 679-680 nm. 231 y 256 y ss. La mera exhortación a no profesionales para que salven a la víctima no basta para la evitación (ídem).

⁷⁸ ¿Se trata de un comportamiento *post-delictivo* en la tentativa acabada cuyos fines fueron alcanzados, que deba ser tenido en cuenta como atenuante para la determinación de la pena? Ver las distintas variantes en el próximo apartado 3.b.4.

⁷⁹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 680-681 nm. 260 y ss.

VI.3.b.4. La finalidad alcanzada. Variables.

Cuando no existe dolo no hay tentativa que evitar. Cuando se han alcanzado los objetivos (no hay más dolo) se excluye el desistimiento. El inconveniente es si puede desistir quien ha alcanzado su objetivo contra la víctima y *prescinde* de consumir otro delito⁸⁰.

En efecto, para dar cuenta de esta problemática, Roxin expone una serie de casos resueltos por el BGH alemán. *Caso 1*, BGH, NJW 1984: el autor acuchilla a la víctima en el vientre para desahogar su furia y la deja huir, habiendo podido dar otra cuchillada mortal. *Caso 2*, BGH, NStZ 1989: el autor, con el fin de advertir a la víctima, la apuñala por la espalda con un cuchillo de cocina, con la eventualidad de matarla. Luego huye, aunque podía consumir el homicidio. *Caso 3*, BGHSt 1993 -variante del 2-: el autor con dolo eventual de matar clavó un cuchillo en el vientre de la víctima para darle un escarmiento. Aunque no soportaría ninguna resistencia, no volvió a dar otras puñaladas teniendo la oportunidad. La víctima gravemente herida sobrevivió por la atención médica recibida.

Caso 4, BGH, NStZ 1990: El autor pretendía arrebatar a la víctima el dinero que había perdido jugando al póquer. Durante el forcejeo se cae del bolsillo de esta un revólver de aire comprimido que el autor toma, sin saber si era de verdad, pero con la eventualidad de matar, lo acciona contra el rostro de aquella para impedir que siga luchando. La víctima cayó al suelo, el autor le arrebató el dinero y huyó.

Caso 5, BGH, NStZ 1990: (A) robó un supermercado con la ayuda de un cómplice (C). Son perseguidos en coche por el custodio de la tienda (B). Con el fin de ahuyentar a (B), (A) dispara cinco veces con dolo eventual de matar. (B) no sigue la persecución y (A) deja de disparar. *Caso 6*, BGH, NJW 1991: (L) roba un banco. Para evitar ser detenido dispara con dolo eventual de matar al policía (P) que lo perseguía. Cuando (P) deja de perseguir, (L) no dispara más, aunque podía matar a (P). *Caso 7*, BGH, NStZ 1994 -variante del 6-: (L) dispara a (P) cuando lo alcanza, lo hiere en el brazo. (P) se retira y (L) no vuelve a disparar.

En todos los casos -según Roxin- se excluye la posibilidad de desistimiento, bajo la idea de la *reversión de la puesta en peligro*. El o la autor/a han conseguido lo que querían⁸¹. El desistimiento sólo es posible hasta el momento de la realización de la finalidad perseguida porque la ley exige una reversión de la realización de lo querido, de la decisión delictiva (dolo). No cesa la necesidad de pena ante la realización completa del plan. Al contrario, se excluye la pena a quien por compasión con la víctima no continúa con el delito porque abandona un dolo

⁸⁰ Ídem, pp. 605-607 nm. 34 y ss.

⁸¹ Ídem, pp. 608 y ss. nm. 58 y ss.

amplio⁸². Para admitir el desistimiento voluntario en los casos reseñados -según Roxin- la jurisprudencia resolvió alegando tres argumentos: la *optimización* (a), la *protección de la víctima* (b) y el *dolo directo* (c).

(a) *Optimización*. En el caso 4 la jurisprudencia consideró desistida la tentativa de homicidio por renunciar a emplear medios ulteriores peligrosos para la vida. Remarca Roxin que es arbitrario porque precisamente la abstención de realizar ulteriores acciones peligrosas para la vida es parte de la obtención óptima de los fines. En el caso resultaba absurdo retrasar el apoderamiento del dinero dado el estado de la víctima. Lo mismo vale para los casos 1 a 3 porque al cesar la persecución las acciones ulteriores serían absurdas. Bajo el argumento de la optimización únicamente se podría apreciar desistimiento voluntario cuando no haya existido una obtención óptima de lo perseguido. También se podría apreciar un desistimiento cuando sea necesario intensificar las acciones para alcanzar sus fines y la persona omite continuar. Por ejemplo, al intentar propinar una cuchillada sólo roza el hombro, renunciando a dar otra⁸³.

(b) *Protección de la víctima*. En los casos 2 y 3, la jurisprudencia enfatizó que favorecía la protección de la víctima. Dejar abiertas las posibilidades de desistimiento protege el bien jurídico, aun desde el comienzo de la ejecución. Roxin critica que no es posible liberar de pena cuando subsiste el delito consumado (lesiones, robo o violación) que concurre con la tentativa, agregando que esto sería un motivo para cometer el homicidio para ocultar lo ocurrido. Además, reitera una de las críticas hacia la teoría del puente de plata, pues el o la autor/a sabe que, al detener su actuación, ha de responder penalmente por la tentativa de homicidio “*si la víctima sobrevive*”, desconociendo que existe una jurisprudencia desincriminante⁸⁴.

(c) *Dolo directo*. Según la doctrina dominante, el o la autor/a con dolo directo podrá volver hacia atrás voluntariamente por la abstención de ulteriores acciones. Por ejemplo, no ha alcanzado su objetivo quien pretende matar y no lo logra con el primer disparo o cuchillada, obtiene la impunidad si revierte la puesta en peligro. Sin perjuicio de la oposición de los defensores de la llamada *teoría del acto individualizado*⁸⁵, Roxin critica desde dos perspectivas. Primero, quien tiene un objetivo más ambicioso por más tiempo puede revertir que quién lo alcanza pronto. Segundo, quien renuncia voluntariamente a objetivos posibles de alcanzar deja sin efecto su decisión delictiva y retorna a la legalidad, salvo que actúe con dolo eventual, pues alcanzó en sus extremos sus objetivos ajenos al tipo. La posibilidad de desistimiento se vuelve

⁸² Ídem, pp. 611-612 nm. 64-65.

⁸³ Ídem, pp. 613-614 nm. 67-69.

⁸⁴ Ídem, pp. 614-615 nm. 70-71. La exención de pena puede proceder cuando existe identidad parcial de bien jurídico entre el tipo penal que se materializa en la finalidad original y lo ejecutado con dolo eventual, para que si frena su actuación no sea penado por homicidio. Ampliar la anulación de la pena desconoce la perspectiva preventivo-general (ídem, p. 616 nm. 72-73).

⁸⁵ V. gr. *Herzberg, Ulsenheimer*, o el BGH NSTz 1989, 317 -caso 2-.

una cuestión de imputación subjetiva. Por eso, Se debe renunciar al dolo y al delito como totalidad sin que quede un dolo eventual remanente⁸⁶.

VI.3.c. La renuncia definitiva condicionante del desistimiento voluntario

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia exige que la renuncia o revocación del hecho sea *definitiva*. En el caso de la *tentativa inacabada*, el desistimiento no consiste únicamente en la interrupción de cualquier actividad dirigida a la consumación. Quien detiene o retarda la ejecución no ha renunciado. La conducta de desistimiento debe ser definitiva, caracterizado esto por el abandono de la tentativa mediante la interrupción de la actividad delictiva externa, en tanto anula y revierte la puesta en peligro. Se renuncia a la tentativa como tal. La disposición interna subsistente de volver a intentar el delito no es punible (es solo peligrosidad criminal subjetiva)⁸⁷.

Sin embargo, cierta doctrina considera que existe desistimiento definitivo, aunque mantenga la decisión delictiva, si el autor o la autor/a aplazan la ejecución en el tiempo, y la ulterior ejecución planeada no forma parte de una *unidad natural de acción* con la tentativa existente. Si se toma en consideración la renuncia a la decisión de cometer el hecho -la tentativa existente-, la voluntad de ejecutar con posterioridad constituiría una *decisión de cometer un nuevo hecho*, impune hasta su ejecución. Según Roxin exigir la renuncia definitiva a la decisión delictiva, como sostuvo el BGH y parte de la doctrina alemana, implica poner en cuestión a la *voluntariedad*, no el desistimiento. Para determinar si desiste debe bastar con el abandono de la situación de tentativa⁸⁸. Por el contrario, el cambio en las modalidades no constituye renuncia, ni desistimiento, mientras el hecho siga siendo el mismo. Por ejemplo, quien utiliza el revólver que lleva por las dudas, en lugar del cuchillo, para matar a la víctima, no renuncia a la tentativa de homicidio⁸⁹.

Roxin cuestiona que el criterio de lo carácter *definitivo* tenga autonomía porque está incluido en el concepto mismo de desistimiento del hecho y ausente cuando el o la autor/a pretenden continuar la tentativa sin abandonar la ejecución. Por ejemplo, el ladrón se esconde detrás del armario a la espera de que las moradoras de la vivienda egresen para apoderarse de

⁸⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 616-617 nm. 74-76.

⁸⁷ Ídem, p. 646 nm. 158-159.

⁸⁸ Ídem, pp. 646-647 nm. 160-161 y pp. 741-742 nm. 428. En sentido concordante, Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 154-155.

⁸⁹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 647 nm. 162.

sus joyas. Tampoco es definitiva la renuncia si aparece un riesgo posterior objetivamente alto. Habrá que analizar si la renuncia es involuntaria, en el caso que las circunstancias no permiten realizar el plan original de la mejor manera posible⁹⁰.

VI.3.d. La renuncia en los delitos de omisión.

En la omisión, la tentativa comienza con la pérdida del control sobre el curso causal por el incremento del peligro del resultado. La problemática se presenta en *los delitos de omisión impropia*. Por ejemplo, los progenitores con intención de matar a su hijo no lo alimentan por dos días seguidos. ¿Cómo se resuelve el caso cuando concurre un desistimiento fracasado ante el riesgo de producción del resultado?

Una corriente de la doctrina alemana (v. gr., Jescheck, Shröder, Wolter, entre otros) afirma que en el *desistimiento de una tentativa omisiva impropia inacabada* quien es garante no genera ningún riesgo de desviación del resultado. Si fracasa se le atribuirá *responsabilidad por imprudencia*. El caso de los padres sería una tentativa inacabada si vuelven a alimentar al hijo. Si este muere habría un resultado imprudente porque habrían renunciado voluntariamente a la tentativa inacabada. La opinión opuesta, denominada *teoría de la unidad* (Herzberg, Roxin, Schmidhäuser, Küper, entre otros) interpreta que se trata de un desistimiento fracasado en un delito omisivo consumado, dado que se equipara la omisión con la tentativa acabada. El o la actuante quedaría exento de pena sólo en el caso de evitar el resultado⁹¹. Por ejemplo, en un precedente del BGH alemán (NStZ 1197, 485), una persona había encerrado a la víctima detrás de un aparato de calefacción, sin dolo de matarla. A la mañana siguiente advirtió que la víctima podía morir por el exceso de calor. Aunque la salvación ya no era posible, la víctima fue sacada del lugar y falleció a la noche siguiente. El caso fue resuelto como tentativa inidónea de homicidio por omisión, equiparado con la tentativa acabada comisiva, excluyéndose el desistimiento porque no era posible salvar a la víctima⁹².

Ahora bien, las *tentativas omisivas* tienen la estructura de una tentativa acabada. Solamente la *evitación del resultado* excluye la imputación por consumación. Roxin equipara el caso de los padres que alimentan tarde al hijo con el de quien coloca una bomba y no consigue desactivarla. Por otra parte, no puede sostenerse que no existe dolo de consumación como en la

⁹⁰ Ídem, pp. 742-743 nm. 429-430.

⁹¹ Ídem, pp. 639-640 nm. 136 y ss.

⁹² Ídem, pp. 642-643 nm. 147-148.

tentativa comisiva inacabada porque no existe una situación de peligro que desarrolle autónomamente el resultado. En las tentativas omisivas la situación de peligro por sí misma puede dar lugar al resultado. En los delitos de omisión impropia tampoco puede sostenerse que baste con sólo renunciar definitivamente a seguir obrando (suficiente en la tentativa comisiva inacabada). En todo momento se debe evitar el resultado con un esfuerzo activo. La única excepción es cuando el resultado no se corresponde con la realización del riesgo específico de la tentativa. Por ejemplo, el garante logra que la víctima sea trasladada en ambulancia al hospital, pero se accidenta en la camino y fallece, o el padre abandona a su hijo en la montaña para que muera de hambre (tentativa acabada de homicidio por omisión), pero al retornar a donde lo había dejado padece un derrame cerebral que lo incapacita para actuar. Según Roxin son cursos causales fuera del riesgo imputable a la tentativa. Por otro lado, si la conducta de desistimiento fracasa por causas imputables al o a la autor/a, o a un/a tercero/a que la obstaculiza, debe tratarse igual que una tentativa acabada de delito comisivo⁹³.

VI.4. Criterios para evaluar la voluntariedad del desistimiento

El principio general es que la conducta de evitación debe ser imputable a quien desiste como realización suya. Lo mismo para el o la partícipe que desiste de la tentativa que intervino. Esto no es suficiente para la exclusión de pena de cada interviniente. Además, la conducta de evitación requiere la atribuibilidad de *voluntariedad*.

VI.4.a. Las perspectivas de abordaje.

Existe una controversia sobre la determinación de la voluntariedad. Hay dos perspectivas para evaluar: una *psicológica* y otra *normativa*. En efecto, las teorías psicológicas afirman que el desistimiento es *voluntario* si el o a la interviniente actúa sin coacción psíquica, e *involuntario* si las circunstancias ejercen una presión anímica que anulan sus alternativas. En cambio, las teorías normativas lo consideran voluntario si hay un cambio de actitud que demuestre un retorno a la legalidad, como una inversión de la valoración de la culpabilidad. Para esta corriente es irrelevante la presión psíquica sobre los motivos para desistir, ya que sólo emplean

⁹³ Ídem, pp. 640-641 nm. 140.

argumentos dogmáticos y/o de política criminal como los fines de la pena para su fundamentación⁹⁴. Dentro de estos grandes grupos teóricos existen expresiones particulares con diferencias sistemáticas mínimas que vale la pena apuntar.

VI.4.a.1. La fórmula de Frank. Críticas.

Enrolado en la corriente psicológica, Frank distinguió entre la voluntariedad e involuntariedad del desistimiento, tomando en cuenta la condicionalidad de la decisión⁹⁵. En efecto, para esta tesis la voluntariedad encierra una decisión libre, no condicionada: “*No quiero llegar a la meta, pero puedo*”. Al contrario, la involuntariedad representaría a quien se dice así mismo: “*no puedo llegar a la meta, aunque quisiera*”. Bajo estas premisas, se adjudicaba involuntariedad cuando la persona no sabe con exactitud si es posible la realización del tipo y la voluntariedad cuando se detenía por temor a una denuncia o castigo⁹⁶.

Roxin indica que la distinción entre motivos autónomos y heterónomos resulta inadecuada porque carece de contenido y presenta contradicciones sistemáticas. ¿Por qué la amenaza de denuncia y castigo constituyen un motivo autónomo para la voluntariedad y en cambio la presión psíquica la excluye? Cabe destacar que el instituto de la *tentativa fracasada* no era conocido en la época de Frank, por eso se consideraba involuntario a casos que, actualmente, la dogmática alemana contemporánea resuelve excluyendo -de plano- el desistimiento. Por eso, Jakobs repara que la fórmula de Frank no es estricta y que la involuntariedad encubre una tentativa fracasada. Esta distinción no contaría con la utilidad político-criminal del castigo, porque depende la solución de lo que el o la autor/a haya previsto. La fórmula no puede resolver cuando el resultado pretendido es posible, con serias desventajas, o cuando existe una divergencia con el plan original⁹⁷.

Esta teoría eleva desmesuradamente la impunidad por la amplitud que se otorga a la voluntariedad, bloqueando las funciones preventivas -general y especial- de la pena. Por ejemplo, el ladrón ve llegar a la policía y huye, considera que es voluntaria la renuncia. La fórmula excluye los supuestos de imposibilidad absoluta por razones físicas y psíquicas. Pero siendo irresoluble la cuestión del libre albedrío (la autodeterminación autónoma no es

⁹⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 714 nm. 355; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 142.

⁹⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 743-744 nm. 432 y ss. Jakobs denomina equivalentemente como la *motivación autónoma* (voluntariedad) y la *motivación heterónoma* (involuntariedad)

⁹⁶ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 918 nm. 31; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 142; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 743 nm. 431.

⁹⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 918 nm. 31; Núñez Paz en *El delito intentado* (2003), p. 142.

comprobable en el ser humano), la voluntariedad no surge de la naturaleza de las cosas, si de las motivaciones y los fines. Esta postura termina desnaturalizando al concepto mismo de voluntariedad⁹⁸.

VI.4.a.2. La teoría del cambio de motivación. Dificultades.

Una variante normativizada dentro de la perspectiva psicológica intentó focalizar sobre el motivo autónomo del desistimiento como *comportamiento libre conforme a la norma*, que invierte la culpabilidad. Esta corriente fue seguida, entre otros, por Núñez Paz. Aquel esgrime que la exclusión de la pena por desistimiento es un acto de gracia que encierra motivos éticamente valiosos. Se exige cumplir con el mínimo ético-social para guía al Derecho penal. No pretende confundir moral con derecho, construir una moral esotérica del Derecho. En efecto, si la calidad ética del motivo para desistir es menor será involuntario. Por ejemplo, renunciar a consumir la agresión sexual porque la víctima ofrece entregarse más tarde. La expectativa no se conforma éticamente con la norma⁹⁹.

Algunos reparan que esta interpretación es incompatible con el tenor literal de la ley (v. gr. *Lankner*). Muñoz Conde indica que se aproxima a tipos normativos de autor¹⁰⁰. Jakobs advierte que -con inexactitudes- atiende sólo a la calidad moral del impulso de desistir, pero termina aceptando el regreso al Derecho de forma moralmente indiferente¹⁰¹.

VI.4.a.3. El modelo de la analogía con la autoría mediata. Desacreditación.

Jäger (1996) apeló a la autoría mediata para afirmar que es involuntario el desistimiento cuando la persona actúa de forma no libre, ya que analógicamente si el instrumento es impulsado a desistir mediante una amenaza de muerte lo hace involuntariamente, resulta exculpado y responde la persona de atrás¹⁰².

Roxin desestima colmar los presupuestos de la voluntariedad del desistimiento con baremos venidos desde la teoría de la autoría. Afirma que sus resultados son insatisfactorios.

⁹⁸ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 143-152.

⁹⁹ Ídem, p. 146.

¹⁰⁰ Ídem, p. 146.

¹⁰¹ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 919 nm. 34.

¹⁰² Conf. Roxin *Derecho Penal* (2014), pp. 721-722 nm. 377-378 y 747 nm. 442.

Por ejemplo, quien desiste de una tentativa de hurto para apagar las llamas de fuego de su casa es considerado un desistimiento voluntario porque ha salvado valores económicos, en función de una ponderación mayor de bienes. La ley no equipara la voluntariedad del desistimiento con un estado de necesidad cuasi-justificante. La solución correcta -según Roxin- sería la involuntariedad. En segundo lugar, no es convincente político criminalmente que un/a interviniente responsable no pueda desistir voluntariamente de la ejecución posterior en estado de inimputabilidad (*actio libera un causa*) porque, por ejemplo, siente compasión por la víctima. Se tergiversa la exculpación del instrumento de quien obra detrás valiéndose de un/a inimputable¹⁰³. Tampoco convence que el desistimiento sea voluntario si el riesgo de continuar es mayor por haber cambiado las circunstancias externas. Por ejemplo, entre los clientes de un restaurante asaltado hay policías. En esos casos no hay exculpación. El desistimiento es involuntario. En tercer lugar, la solución de la autoría mediata es contradictoria, pues si es involuntario el desistimiento por temor a una inminente detención, no puede -a la vez- la inminente pérdida de libertad fundamentar un estado de necesidad exculpante. Tampoco en los casos de tentativas donde el hecho perdió sentido se puede excluir la responsabilidad por una causa de exculpación. Se trata en verdad de un desistimiento involuntario. Por ejemplo, el hijo quiere matar a su padre para obtener la herencia, pero desiste cuando conoce que está en quiebra. Luego, Jäger (2000) aceptó la solución de la involuntariedad argumentando la presión jurídica de continuar por contar con la captura o un menoscabo corporal. No obstante, Roxin señala que el desistimiento es involuntario sin peligro actual, aunque sí ante un riesgo razonable -no asumible- de fracasar¹⁰⁴.

VI.4.a.4. La voluntariedad conforme a los fines de la pena. Reparos.

Una variante normativa postulada por *Herzberg, Walter, Schüneman*, entre otros, desvincula lo psicológico, para recurrir únicamente a los fines de la pena. En efecto, el desistimiento es voluntario por la disposición a obedecer la norma, que debe mostrar la posibilidad de prescindir de reacciones preventivo-especiales, y haber ausencia de razones preventivo-generales. Las exigencias del Derecho prevalecen sobre lo criminal. También se desestiman razones retributivas porque el desistimiento voluntario auto suprimió las

¹⁰³ Ver *infra* Capítulo VI apartado 5.b. (pp. 212-214), las consecuencias del desistimiento en situaciones de intervención plural.

¹⁰⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 748-749 nm. 443 y ss.

consecuencias del delito. Particularmente, Schünemann afirmaba que anula la impresión jurídicamente conmocionante de la tentativa¹⁰⁵.

Sin embargo, Roxin repara que es correcto el aspecto preventivo-general, pero no las imprecisas condiciones bajo las cuales se considera inexistente la necesidad de pena. Tilda que este tipo de intentos disfrazan puntos de vista psicologicistas bajo argumentos de la teoría de la pena para justificar la *involuntariedad* de quien no continúa ante la certeza de ser castigado (sentencia del BGHSt 9, 48). Lo relevante es cualquier circunstancia que se oponga a la concreción, independientemente de si la persona actúa psíquicamente constreñida¹⁰⁶. También Jakobs advierte que el método es correcto (la normativización) pero el objeto inadecuado. No se deben juzgar los nuevos planes del o de la autor/a en tanto disposición a obedecer la norma, sino el concreto abandono del conato delictivo. Se debe juzgar el regreso a la senda del Derecho por el apartamiento del conato. Señala Jakobs que responde a la pregunta: ¿qué quiere el o la autor/a en lugar del delito? Pero debería preguntarse: ¿por qué ya no quiere el delito?¹⁰⁷.

VI.4.a.5. La racionalidad del delincuente y la variante de Jakobs.

Roxin valora negativamente el motivo del desistimiento apelando a la *razón del delincuente* como baremo. Sintéticamente será involuntaria toda conducta de reversión que responda a la conveniencia de la lógica del delincuente y, en cambio, *voluntaria* toda reversión contraria a aquella.

En efecto, esta interpretación busca la *ratio* del desistimiento desde la teoría de los fines de la pena, para evitar exigir un valor moral o cualidad ética en el motivo (v. gr., interés, recompensa, miedo, etc). La voluntariedad se satisface con un comportamiento legalmente determinado. Esto no presupone que la persona no vaya a cometer más delitos en el futuro, lo cual es irrelevante. Sin embargo, toma en cuenta el plan individual del hecho para considerar si retorna a la legalidad o solo se adapta a la situación modificada conforme al objetivo del hecho (aquí subsiste la necesidad de pena). Así pues, el desistimiento es involuntario cuando la persona, aun pudiendo consumir el hecho, es descubierta y quiere evitar la denuncia o el

¹⁰⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 723 nm. 380.

¹⁰⁶ Ídem, pp. 721-722 y 725-726 nm. 377-378 y 386.

¹⁰⁷ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 920 nm. 35. La teoría del fin de la pena llegó a exigir consciencia de haber sido descubierto/a, no excluyendo la responsabilidad cuando la probabilidad de castigo se incrementa, pero no por sentimiento de vergüenza o arrepentimiento (ídem, p. 924, nm. 43.b).

castigo, o la consumación le reporta un esfuerzo desproporcionado frente a los beneficios¹⁰⁸. Si varían las consecuencias externas del plan original y la situación racionalmente indica que la opción es desistir, será involuntario. Roxin arguye que esta interpretación respeta las reglas del uso normal del lenguaje, que no vulnera el principio de máxima taxatividad legal, achacando todo lo contrario a la teoría psicológica con la fórmula de la *intensidad de las presiones emocionales*, que tilda poco concreta. En definitiva, el desistimiento voluntario es aquella conducta definitiva de desviación irrazonable a la lógica del interviniente que la ley recompensa con la exención de pena¹⁰⁹.

A la tesis de Roxin se le reprocha que la distinción entre lo racional e irracional es un criterio puramente subjetivo, aunque sí logra valorar adecuadamente el proceso psicológico del desistimiento con base a criterios políticos-criminales¹¹⁰.

Núñez Paz señala que el término *voluntario* desborda los límites de la interpretación, que las teorías valorativas en España terminan por no respetar la interpretación restrictiva de la expresión *voluntad del autor* del artículo 16.1 del Código Penal español, ampliando lo punible de forma analógica *-in malam partem-*. Exclama que no parece compatible con el significado común negar la voluntariedad desde el plano psicológico cuando es posible la consumación típica, pero las circunstancias sobrevinientes generar que no se puede seguir el plan original para conseguir el fin pretendido, o incrementan las dificultades. Por ejemplo, la inminente llegada de la policía, el reconocimiento de la víctima o la aparición de terceros ajenos al hecho¹¹¹.

Jakobs aporta una variante, indicando que será voluntario cuando la persona haya dejado fracasar la tentativa como total obra de ella. También, en forma negativa, será la motivación incompatible a la de realizar el hecho concreto¹¹².

VI.4.b. Casos problemáticos sobre voluntariedad. Perspectivas.

¹⁰⁸ En el fallo de la CNCCyC, Sala III, Causa nro. 12.701/2014, Registro 437/2015, “Rodríguez, Rodolfo Iván s/ robo con armas”, 2015/09/07, el caso se trataba de un intento de robo de dinero de un local que había sido guardado en una caja fuerte, lo que determinó que el autor no continuase con la ejecución del robo.

¹⁰⁹ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 723-724 y 734 nm. 381 y ss.

¹¹⁰ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 145.

¹¹¹ Ídem, pp. 145, 147 (nota 538 al pie) y 149.

¹¹² Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 917-918 y 920 nm. 30 y 35 (nota 70 al pie), consideraciones que hace suyas Núñez Paz en *El delito intentado* (2003), p. 147.

VI.4.b.1. La consumación con inminencia de detención

Un supuesto polémico sobre la voluntariedad del desistimiento es cuando la inminencia de detención anula el provecho del hecho. Por ejemplo, el autor podría romper aun la vidriera de un comercio para apropiarse de las prendas exhibidas a pesar de aproximarse la policía. Siguiendo la *fórmula de Frank* se trataría de un desistimiento voluntario¹¹³.

Según Jakobs son casos de tentativa fracasada. En efecto, señala que si se ponderase la importancia de los motivos no cabe fundamentar materialmente un móvil subjetivamente favorable al Derecho o al bien jurídico (compasión, arrepentimiento, etc.) si no va a beneficiar al o a la autor/a. La compulsión -lo psíquicamente forzoso- comprende la exclusión de toda actividad volitiva, como los casos de bloqueo mental pleno, que llevan a negar el desistimiento por imposibilidad subjetiva de consumación e impiden graduar la intensidad del motivo¹¹⁴.

VI.4.b.2. La realización de lo necesario y la omisión de lo secundario.

(A) quería matar a (E) y (F). Esperó en el estacionamiento hasta que apareció (F), a quien hirió gravemente, pero no lo mató, porque llegó (E), a quien no quería dejar escapar y preferentemente pretendía matar. Entonces mató a (E) de 17 puñaladas, mientras que a (F) lo dejó gravemente herido.

La perspectiva de la teoría psicológica aceptaría un desistimiento voluntario del homicidio de (F), porque (A), sin condicionamientos externos, decidió matar a (E). Así lo resolvió el BGH alemán (sentencia BGH St 35, 184). Para las teorías normativas habría involuntariedad en el desistimiento del homicidio de (F) porque no hubo ningún cambio de actitud sobre el hecho, ni retorno a la legalidad. Las teorías psicológicas resolverían de modo contrario. Roxin resalta, por su parte, que el enjuiciamiento normativo favorece a quien desiste por motivos internos, pero trata más severamente el resto de los casos¹¹⁵.

¹¹³ Solución ratificada por Núñez Paz, aclarando que no debe haber conocido que sería descubierto (conf. *El delito intentado* (2003), pp. 151 y 157).

¹¹⁴ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 918-919 nm. 32-33.

¹¹⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 715 nm. 358-359.

VI.4.b.3. Cuando se alcanza el objetivo pretendido con menos peligro.

(A) tira al suelo a (V) con la finalidad de violarla. (V) en inferioridad física y sin posibilidad de defenderse le dice a (A) que, previo descansar, sin violencia, podrían tener relaciones sexuales. (A) suelta a (V), quien espera un tiempo para encontrar ayuda de terceros. (B) y (C) paseaban por el lugar y se aproximaron a (V), quien comenzó a gritar, haciendo que (A) huya.

El BGH alemán (BGH St 7, 296) siguió a las *teorías psicológicas* para resolver que hubo desistimiento voluntario porque (A) no estaba obligado a esperar y renunciar al forzamiento inmediato del acto sexual con (V). Desde una concepción normativa no es voluntaria la renuncia porque no hubo retorno a la legalidad por (A), sino que escogió esperar la vía más cómoda para su objetivo, ofrecida por (V). alcanzó el objetivo pretendido de manera más provechosa y menos peligrosa¹¹⁶.

VI.4.b.4. Las situaciones de inhibición o de impedimento interno.

(A) apuñala a (B) con intención de matar, pero de repente aparecen sus hijos que escucharon la pelea. (B) suelta a (A), hasta que volvieron a estar en soledad. Teniendo (A) la oportunidad de volver a agredir no lo hace porque siente remordimiento por sus hijos.

Las situaciones de conmoción psíquica interna, difícilmente superables, llevan a renunciar a la persona. Las corrientes psicológicas entenderían que hubo un desistimiento involuntario por el bloqueo para actuar para consumir el hecho. En cambio, una perspectiva normativa apreciaría que hubo voluntariedad por el cambio de actitud y retorno a la legalidad¹¹⁷.

¹¹⁶ Ídem, pp. 715-716 nm. 360-361. La violencia inicial impide entender una posterior relación sexual bajo una decisión libre. Se trataría de una consumación brevemente interrumpida, porque el consentimiento fue fingido -inválido-, generando que el desistimiento sea involuntario por la previa acción violenta con fines sexuales (ídem, pp. 622-623 nm. 90 y ss.).

¹¹⁷ Ídem, p. 717 nm. 364. Sin perjuicio de esto, debo comentar que el análisis de la literatura consultada en este tipo de casos no refleja -a mi criterio- una mínima perspectiva de género, subestimando en cada una de las soluciones la integridad sexual y física de la mujer, su voluntad y dignidad.

VI.4.b.5. El cambio en las circunstancias externas. La teoría de la consideración global y la teoría de la perspectiva individual o plan del hecho.

Cuando una circunstancia exterior durante la ejecución del delito hace desaparecer las razones para continuar actuando, la *teoría de la consideración global* entiende que la renuncia a repetir la maniobra es voluntaria. Otra posición antagónica, denominada *teoría de la perspectiva individual o plan del hecho*, toma en cuenta si el o de la autor/a al momento de actuar había previsto una posibilidad de repetición. Desde esta última perspectiva, los casos de tentativa sin sentido deben ser resueltos como tentativas fracasadas, o como un desistimiento involuntario si fuera razonable interrumpir la actuación¹¹⁸.

VI.4.c. Algunas concreciones sobre la voluntariedad del desistimiento.

Jakobs parte del principio del hecho para sostener que el desinterés por delinquir no debe perjudicar si la pérdida era más favorable al Derecho que la continuación en una unidad de acción. Por ejemplo, quien se propone romper una ventana y cuando va a golpear advierte que el vidrio está roto, pero puede romper el cristal contiguo y no lo hace. Jakobs postula que no obra voluntariamente quien desiste para no ocasionar más injusto e incurrir en mayor culpabilidad, sino sólo para quien lo realizado ya es demasiado y detiene la consumación por una circunstancia externa irrelevante para el injusto y la culpabilidad. Entonces, será involuntario el desistimiento si aumenta el injusto y la culpabilidad de acuerdo con la fase alcanzada de la tentativa; en cambio, si la circunstancia es neutra o los disminuye, en tanto obra imputable a la persona, el desistimiento será voluntario. De modo que para la voluntariedad resulta indiferente si el desistimiento estaba reservado o fuese espontáneo. Por ejemplo, desistiría voluntariamente de la tentativa de homicidio quien salva a la persona que previamente había arrojado al río para que se ahogue. Al contrario, una tentativa de hurto que no se puede consumir sin violencia contra la víctima (circunstancia externa que aumenta el injusto y la culpabilidad) genera que el o la autor/a no desiste voluntariamente si renuncia al empleo de violencia. La voluntariedad importa la responsabilidad de haber hecho fracasar la tentativa

¹¹⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 732-733 nm. 403-404. Si no opera a favor la decisión de comportarse posteriormente de modo fiel al derecho, tampoco la voluntad de cometer posteriores delitos puede convertir en involuntario el desistimiento (ídem, pp. 736-737 nm. 413 y ss.).

concreta, no lo que la persona planea en su lugar. Inclusive -apunta Jakobs- la salvación puede deberse a una circunstancia secundaria del nuevo plan, no necesariamente a la intención de evitar el resultado. Sin embargo, la ejecución de acciones de salvamento siempre será intencional¹¹⁹.

Ahora bien, Roxin critica el enfoque psicológico con dos argumentos. Primero por su presunta incompatibilidad con la *ratio* del desistimiento desde la teoría de los fines de la pena. Sí no existen necesidades preventivas de castigo, ni de retribución, hay retorno voluntario a la legalidad. Un comportamiento puramente utilitario a los efectos del plan (v. gr. consigue su objetivo de forma más cómoda o se adapta a la situación como un delincuente racional) no puede llevar a la impunidad. Desde un punto de vista político-criminal se mantiene la necesidad de pena. La valoración normativa del motivo del desistimiento debe ser compatible con la ley. Segundo, la valoración del *motivo* del desistimiento termina siendo una *ponderación* entre la probabilidad de éxito y los riesgos contrarios al o a la autor/a, no la consideración de la coacción emocional (presión psíquica) que está presente en el desistimiento involuntario y en el voluntario. Por ejemplo, quien desiste por un temor supersticioso que no le deja alternativa. Roxin arguye que no es adecuado, ni posible, distinguir desde la intensidad de la presión psíquica porque es imposible su reconstrucción forense (impracticabilidad). El padre que ve a sus hijos y deja de apuñalar a la mujer renuncia en base a una conmoción anímica interna. (A) con intención de matar lesionó a (B), pero llamó al médico para que le salve su vida porque no quería ver cómo se desangraba (sentencia del BGHSt 21, 216). Señala Roxin que es arbitrario y contradictorio suponer la voluntariedad por el impulso interior de salvar a la víctima (decisión que adoptó el BGH alemán). No se justifica por qué razón la presión psíquica y la libertad de decisión deben juzgarse de modo distinto en casos análogos. El desistimiento será voluntario si el o la autor/a revisa su decisión sin que cambien las circunstancias externas, o la variación no aumente o sólo insignificamente el riesgo de fracaso o de posterior punición¹²⁰.

¹¹⁹ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 920-923 nm. 35-41. Para profundizar sus consideraciones en la misma obra, entre otras cuestiones, que sólo importa el actuar de la persona, no el temor a la pena; que el fundamento del fracaso de la tentativa reside en el ámbito de organización del o de la autor/a, ya que la incapacidad física se debe achacar como fracaso el abandono del dolo por motivos físicos (nota 79 al pie p. 925), aunque esta última observación es contradictoria con la solución aportada para casos de incapacidad sobrevinida durante la tentativa que resuelve como desistimiento involuntario -opinión dominante aceptada por el autor de cita-; que el desistimiento es involuntario cuando, en el curso de la tentativa, se accede a conseguir el resultado pretendido sin el delito convirtiéndose la vía delictiva en una alternativa más gravosa; que en tentativas inculpables se puede desistir, pero no en una tentativa cometida por un imputable a quien le sobreviene una inimputabilidad que interrumpe la relación motivacional; que la conmoción psíquica constituye suficiente motivo para el desistimiento y no se excluye por la circunstancia que haga imposible continuar actuando; que se puede meritarse el marco penal en casos límite de involuntariedad, por ejemplo, cuando el desistimiento del partícipe aumenta el injusto y la culpabilidad del o de la autor/a que no se detiene (ver pp. 924-926 nm. 42-47).

¹²⁰ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 718-720 nm. 366 y ss. Para profundizar sobre algunas directrices que aporta para la solución particular de casos, consultar en la misma obra pp. 726-741 nm. 387-430, entre otras, que es voluntario el desistimiento por remordimiento, contemplación por el sufrimiento de la víctima, cuestiones religiosas, ideas supersticiosas, persuasión, ya que no constituyen impedimentos para el hecho y motivan el desistimiento como retorno a la legalidad, eliminando la necesidad de pena por el cambio interior; que es involuntario el desistimiento en caso de complicaciones del

Las consideraciones de Jakobs, en cuanto a la variación de las circunstancias externas que elevan el injusto y la culpabilidad para definir la involuntariedad del desistimiento, son asumidas por Roxin en el tratamiento de las consecuencias secundarias inesperadas. Por ejemplo, un terrorista pone una bomba, pero no la acciona porque advierte que en el lugar se encuentran sus padres. La muerte de los padres elevaría esencialmente el injusto y la culpabilidad. Si solo puede llevar a cabo su plan matando a sus progenitores resulta involuntario el desistimiento porque se adecua a la situación imprevista¹²¹.

En virtud de las ideas expresadas, funcionalmente, se excluye la voluntariedad del desistimiento sólo en referencia al hecho concreto, lo que de sopesa ante condiciones externas de las que no es responsable quien desiste, valoración que se desvincula de cualquier verificación psicológica particular sobre los motivos internos para revocar el injusto de la tentativa.

VI.5. Las consecuencias sistemáticas del desistimiento voluntario.

VI.5.a. Principio general.

La impunidad del desistimiento obedece a una decisión de política criminal. En efecto, su ubicación sistemática tiene importancia para la concepción del injusto y la culpabilidad. Si se considera un elemento negativo del tipo (v. gr. Binding, Von Hippel, Zaffaroni en Argentina, entre otros) se extiende a los partícipes (principio de accesoriedad)¹²². En cambio, si sus efectos son análogos a una causa de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad no afecta al injusto. La doctrina dominante en Alemania (v. gr., Roxin, Jakobs, Jescheck, Stratenwerth, Rudolphi, Maurach-Gössel-Zipf, Köhl, entre otros), en España (v. gr., Muñoz Conde, Mir Puig, Farré Trepal, Cerezo Mir, Núñez Paz, entre otros) y en Argentina (v. gr., Righi, Sancinetti, entre

hecho que elevan el riesgo para el éxito del plan; la imposibilidad de desistimiento cuando el delito menos grave ha fracasado debido a que el obstáculo superado hizo cambiar el delito planeado, por ejemplo, derribar la puerta de la vivienda que se creía abierta convierte en robo al inicial hurto; que todo nuevo plan con contenido delictivo adoptado en el momento del desistimiento o después de él no se opone a la voluntariedad generada por la situación de la propia renuncia definitiva.

¹²¹ Ídem, p. 731 nm. 399 y ss. En la dogmática alemana, autores como Herzberg rechazaban la voluntariedad recurriendo al estado de necesidad exculpante del §35 del StGB alemán, que excluye la libertad en la acción de salvar a un pariente o allegado.

¹²² Esta concepción se denuncia actualmente como insostenible porque el tipo tiene una función político-criminal de motivación que no puede albergar circunstancias que hagan aparecer al hecho como no delictivo. El privilegio no tiene nada que ver con el injusto. El juicio de antijuridicidad no es un juicio condicionado como lo sería si el desistimiento se tratase de un elemento negativo del tipo (conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 139-140).

otros) entiende que el desistimiento es una *causa de exclusión de la punibilidad*, que no afecta al injusto, tampoco a la culpabilidad, a la que solo compensa en parte¹²³.

De manera que se asume como válido que la tentativa se define legal y conceptualmente con independencia del desistimiento. Este no hace desaparecer la tentativa anterior, sino que sólo exonera personalmente de la pena a quien desiste de consumar. Se afirma que el desistimiento, aunque anule la tentativa, no puede impedir la infracción de la norma (el hecho antijurídico). Es decir, el desistimiento voluntario no niega el injusto anterior, sino que incide sobre la exclusión de su punibilidad por falta de necesidad de pena¹²⁴. Consecuentemente, en caso de intervención plural se beneficia sólo a aquel interviniente que desiste y, en esta medida, el desistimiento del o de la ejecutor/a principal no favorece a los y las partícipes¹²⁵.

Ahora bien, la exención de pena por desistimiento no abarca las fases que preceden a la tentativa, salvo que el abandono del hecho también comporte el abandono de la preparación. En efecto, los delitos de peligro abstracto consumados durante la preparación son punibles independientemente de la renuncia a la tentativa, en tanto que los delitos de peligro concreto lo son en la medida que el peligro haya existido antes del comienzo de la tentativa -o independientemente del dolo-. De lo contrario, resultaría beneficiado quien impulsa la fase previa punible hasta la tentativa y luego regresa a esa fase, en comparación a quien no la ha superado¹²⁶.

En consecuencia, se puede desistir parcialmente de la ejecución iniciada, restando la responsabilidad por el injusto subsistente. Por ejemplo, el ladrón que renuncia a emplear el arma de fuego que llevaba oculta bajo sus prendas porque no hay moradores en la vivienda, sigue siendo punible por la tentativa de hurto y la portación del arma. Son punibles los delitos ya consumados en concurso con la tentativa (concurso ideal, real o aparente de leyes) como la denominada '*tentativa cualificada*'. Por ejemplo, tras el desistimiento voluntario del homicidio quedan subsistentes las lesiones ya producidas¹²⁷.

Ante una tentativa de delito cualificada por el resultado sin que el delito base se haya consumado, pero sí producida la consecuencia, es posible el desistimiento voluntario del delito base, aunque quede el resultado ya ejecutado. Por ejemplo, en un robo con arma de fuego desiste

¹²³ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 138-139; Bacigalupo, *Derecho penal* (2016), pp. 475-477 nm. 951 y 956; Righi, *Derecho Penal* (2018), pp. 543-544; también, expresamente en el fallo de la CNCCyC, Sala III, Causa nro. 12.701/2014, Registro 437/2015, "Rodríguez, Rodolfo Iván s/ robo con armas", 2015/09/07, voto del juez Luis F. Niño.

¹²⁴ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 141, nota 504 al pie, con posteriores referencias.

¹²⁵ Ver Capítulo VI apartado 5.b. (pp. 212-214) Conf. *La libertad institucionalizada...* (2010).

¹²⁶ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 927 nm. 50; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 168. Estos casos, en la doctrina española y en la alemana, corresponden a cuando se adelanta la consumación a la producción de la lesión. La española Farré Trepal los denomina *delitos de tentativa*, pues suponen la punición autónoma de un hecho que materialmente constituye la tentativa de otro delito.

¹²⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 926 nm. 48; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 167-168.

del robo después de matar a la víctima de un disparo accionado imprudentemente, subsiste el homicidio como parte del tipo de robo ya punible por sí¹²⁸. Se explica que se ha realizado el peligro derivado de una parte ejecutada de la acción típica, pero lo no ejecutado sólo reside en el dolo de tipo, eliminado por el desistimiento. Por ejemplo, las coacciones quedarían en el desistimiento del robo (Jakobs)¹²⁹. No obstante, la solución esbozada por Jakobs resulta, al menos, *contradictoria* con las premisas expresadas en relación con el desistimiento *voluntario*. Cuando la circunstancia condicionante agrava el injusto y la culpabilidad, o genera uno nuevo, la regresión hacia la norma resulta involuntaria. Aquí no se trata sólo del efecto psicológico condicionante del temor a la pena. Lo determinante de la involuntariedad del desistimiento, a pesar de la posibilidad fáctica de poder lograr la consumación, resulta ser la mayor entidad del injusto que sobrepasa el plan inicial, que trasunta en un desincentivo para continuar obrando.

VI.5.b. La exención de pena en la intervención plural de personas. Limitaciones.

Ante un caso de intervención plural, a los fines del desistimiento, la premisa general esbozada por Jakobs es que la *accesoriedad cuantitativa* de los/as intervinientes por el actuar del o de la ejecutor/a implica *la solidarización en el quebrantamiento de la norma*¹³⁰. El hecho del o de la autor/a frente a la norma penal ya no es individual, sino que se vuelve colectivo. El reproche se agrava por el acrecimiento de intervenciones que muestra mayor vulneración del deber primario de la norma de comportamiento garantizada por la referida norma. Algunos hacen referencia al agravamiento de los presupuestos del desistimiento dado que la tentativa con pluralidad de intervinientes supone mayor peligrosidad para el bien jurídico. La finalidad preventiva de la ley es impedir -en la medida de lo posible- la consumación¹³¹.

En efecto, la consecuencia principal es que el modo en que los intervinientes desisten no puede regirse por el estado del hecho principal, ni tampoco quien actúa en último término libera de responsabilidad al colectivo. Quien intervino antes que el último, retroactivamente ha cedido la ejecución del hecho al subsiguiente y, a la vez, ha realizado todo su aporte material y de sentido para lograr el hecho. Esta intervención debe ser tratada como en la tentativa acabada. Esto implica que cada partícipe debe retirar su contribución al hecho y además evitar su

¹²⁸ En el Código Penal argentino, el caso descripto tiene una solución particular receptada en el tipo penal del artículo 165, que desplaza por concurso aparente de leyes por consunción al tipo penal del artículo 80 inciso 7°.

¹²⁹ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 927 nm. 49-50.

¹³⁰ Ídem, p. 914 nm. 24.

¹³¹ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 170.

consumación (agravamiento de los presupuestos). Siguiendo la lógica del desistimiento como causa de exclusión de la punibilidad, este es obra individual imputable a cada interviniente. La *solidarización del quebrantamiento de la norma* implica que quienes individualmente no desistieron son punibles por su tentativa en la medida de su intervención. De allí que el desistimiento aparece como una causa personal de exención de la pena¹³².

Según Jakobs, si el interviniente sólo determina la tentativa del hecho principal, y no desiste, responde por participación en la tentativa o tentativa en autoría mediata -si está conminada con pena-, pero se excluye si determina la consumación. Por ejemplo, el interviniente le dio al o la autor/a una de las llaves que abren la vivienda de la víctima (medios para el hecho), cada una por sí suficiente para la ejecución, pero luego le quita dos y no puede recobrar la unidad aportada, con la que consigue cometer el robo. Jakobs afirma que en este supuesto el o la partícipe responden por su intervención en el hecho consumado, a pesar del esfuerzo por evitar y el daño que haya significado para el o la autor/a principal. No obstante, apelando al §23.2 del StGB alemán, al supuesto de esfuerzo serio del partícipe por evitar el hecho analógicamente lo redirige como un *comportamiento semejante al desistimiento*, con una disminución en la determinación de la pena¹³³. Por último, el supuesto del interviniente que realizó aportaciones causales para la consumación, pero renunció a una actividad ulterior prometida, a pesar de esto se consuma el hecho, responderá por la cooperación con una configuración que disminuye el aporte de una coautoría a una *participación*¹³⁴.

De esta manera, queda libre de pena aquel interviniente que impidió la consumación del hecho principal (§24, párrafo 2, inciso 1, StGB alemán), o si no se produce cuando se esforzó seriamente por impedirlo (§24, párrafo 2, inciso 2, 1er grupo de casos, del StGB alemán). Al contrario de lo que se exige para el desistimiento del o de la autor/a (aprovechamiento óptimo de la oportunidad de evitación¹³⁵), para el o la partícipe basta una oportunidad de evitación que sea aprovechada con éxito (no tiene que presentarse como *posibilidad segura*), antes de la

¹³² Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 168-169.

¹³³ Núñez Paz indica que el §24.II.2 del StGB alemán ante el supuesto del hecho no consumado, por ejemplo, una tentativa inidónea, o que se consuma independientemente de la intervención del partícipe, por ejemplo, el autor principal recibió un destornillador de cada partícipe (A) y (B), el de (A) no resultó adecuado para abrir la cerradura del automóvil. Otorgar la impunidad del partícipe que realiza un esfuerzo serio y voluntario por impedir la consumación del hecho, por ejemplo, si llama a la policía y delata el plan antes que se logre abrir la puerta del vehículo. Similar al §24 del StGB, el artículo 16.3 del Código Penal español, prevé directamente el desistimiento en una tentativa cualificada con la aclaración de la exención de pena, salvo la responsabilidad incurrida por los actos ejecutados, constitutivos de otro delito.

¹³⁴ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 914 y 917 nm. 25 y 29. En este punto, con base en la norma del §24, párrafo 2, inciso 2, 2º grupo de casos, del StGB alemán, en cuanto que el interviniente que ocasiona sólo la tentativa de un hecho que *se consuma con independencia de su anterior contribución*, permaneciendo el hecho principal idéntico, Jakobs distingue si el o la ejecutor/a principal lleva a cabo el cambio por sí, renuncia a que el interviniente siga tomando parte en el hecho -interrumpe la tentativa de este- o sólo modifica su contenido. Solo en el caso de interrupción de la tentativa es un desistimiento para el interviniente porque se modifica su hecho (ídem, pp. 914-915 nm. 26).

¹³⁵ Sancinetti refiere que eso no surge directamente del texto de la ley (con relación al §24 del StGB), que lo óptimo sería abstenerse de perder el control sobre la indemnidad del objeto del hecho, de no llegar a la tentativa acabada (conf. *Dogmática del hecho punible...* (2003), p. 61).

conclusión de la acción ejecutiva, sin que el curso causal conducente al resultado esté parcialmente fracasado¹³⁶.

Cuando el o la interviniente no han ejecutado su aporte pueden considerar seriamente (verificar) que una negativa ulterior haría imposible la consumación (aunque objetivamente sea inalcanzable para cualquiera). Si desde su perspectiva no han hecho todo aún, solo con omitir valdrá como un *esfuerzo serio por evitar* si consideran seriamente que la retirada de su aporte imposibilita la consumación¹³⁷. Ciertamente no existe en el Código Penal argentino una cláusula general al estilo del §24, párrafo 2, inciso 2, 1er grupo de casos, del StGB alemán, por lo que en función del artículo 43 sólo puede tomarse como válida la primera alternativa del §24, párrafo 2, inciso 1, del StGB.

Ahora bien, el o la interviniente pone de manifiesto una *desolidarización* por el quebrantamiento de la norma, cuando falta realizar aportaciones irremplazables al hecho (las niega para lo futuro), e impide la consumación, convergiendo su posición a la del o de la ejecutor/a principal. También puede obstaculizar la consumación retirando su aporte si éste es sustituible. Por ejemplo, denunciar a la policía y al mismo tiempo procurar que el o la autor/a no consiga ese aporte en otra parte. De lo contrario responderá por su intervención en la tentativa. En *caso de consumación prematura*, quien desde su perspectiva no ha hecho aun todo, que no interviene en la fase de tentativa inacabada, puede exonerarse de responsabilidad por la consumación so dolosa no sigue actuando. En otro orden, cabe suponer una legítima defensa a favor del o de la agredido/a con participación del interviniente. Por ejemplo, el inductor dispara en defensa necesaria sobre el o la autor/a cuando está intentando el hecho¹³⁸.

VI.6. Recapitulación. El desistimiento desde el punto de vista de la norma penal.

El esbozo sobre el desistimiento voluntario permite comprender que no puede considerarse en forma independiente el injusto de la tentativa y la impunidad del desistimiento. Esta consideración ha sido una de las razones por las cuales fueron dejadas de lado la teoría del puente de oro, la teoría de los fines de la pena (también la teoría modificada de los fines de la

¹³⁶ Sancinetti sostiene que esto encierra contradicciones valorativas insuperables. En primer lugar, las medidas de evitación que podrían neutralizar el riesgo sin seguridad mantienen el hecho como tentativa punible si son predispuestas *antes de la ejecución*, pero conducen a la impunidad si son empleadas *después* en tanto haya un final feliz. En segundo lugar, en los delitos de omisión, el garante por injerencia -que generó un riesgo no permitido- si no emplea la mejor capacidad de evitación a su alcance, pero neutraliza el riesgo por una vía de salvamento -que reconoce como insegura- que elige frente a otra más eficiente, *impediría* la producción del resultado (§24, párr. 1, 1ª frase, 1ª alt., del StGB alemán), aunque no desaparecería el riesgo (fracasado) de que el resultado se produjese de todos modos (conf. Sancinetti, *Dogmática del hecho punible...* (2003), p. 53).

¹³⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 916 nm. 27-28.

¹³⁸ Ídem, pp. 915 y ss. nm. 27-28.

pena, sin mayores repercusiones) o las teorías de la gracia, indulgencia o premio. Además, aquellas representan criterios inseguros e imprecisos para determinar la *ratio* del desistimiento o que imponen un Derecho penal moralizante.

Las teorías jurídicas antiguas se movieron bajo la comprensión inicial, pero se les achacó que la tipicidad y antijuridicidad del hecho no se pueden anular (eliminar del mundo) porque la tentativa subsiste como tal. No ocurre lo mismo con la tesis del desistimiento como modificación del hecho, a la que se critica que acota los márgenes de este instituto, sin otorgar un efecto de anulación sobre la infracción efectiva de la norma en la tentativa. Esa tesis se vale de un concepto de reversión segura en la tentativa acabada que es incompatible con el concepto mismo de esta, lo cual determinaría que a este estadio se llegaría solo por omisión.

Ahora bien, de acuerdo con el hilo conductor de la investigación, el desistimiento repercute sobre la norma de comportamiento, como bien expresa Jakobs, disminuyendo al mínimo el injusto y la culpabilidad de quien desiste. Pero, a la vez, el desistimiento juega como causa de exclusión de la punibilidad en cuanto a la dimensión operativa de la norma de sanción. La readecuación de la conducta a la conformidad con la norma implica que el hecho fue comunicativamente readaptado para sí y para la comunidad. Cómo se evalúa la calidad de esa comunicación en función del grado de compromiso alcanzado por el o la autor/a en el hecho. Es decir, si se trata de una tentativa acabada o inacabada, idónea o inidónea impacta de lleno en la consideración sobre si constituye un mensaje voluntariamente percibido o forzosamente adoptado. Lo cierto es que los motivos son internos de la persona e imposibles de abarcar, defecto del que padecen todas las posturas psicologistas sobre la culpabilidad y la voluntariedad del desistimiento como su reverso. La voluntariedad del desistimiento es, como el hecho mismo, objeto de imputación. En este punto son acordes los aportes de Roxin y de Jakobs, pues si el desistimiento se considera como el cumplimiento de un deber dentro de la dimensión de motivación en términos de directiva de conducta, la reversión que objetivamente se presente para la generalidad como el fracaso dirigido de propia mano o que sea contrario a lo usualmente esperable (v. gr. razones del delincuente), determinará con alta probabilidad que será voluntario. Por lo demás, en el siguiente capítulo se tratará abiertamente lo que se entiende por desistimiento como cumplimiento de un deber.

VII. LA TEORÍA DEL *ÍTER CRÍMINIS*. CONSIDERACIONES NORMATIVAS.

VII.1. Conceptualización.

La doctrina por unanimidad asienta el análisis de la tentativa y la consumación sobre la base del *iter criminis*. Este se escalona en una serie de etapas en las que progresivamente la persona orienta su comportamiento a la concreción de algún tipo penal. Uno de los tópicos trascendentales para la dogmática de la tentativa es la distinción entre los actos preparatorios y los ejecutivos, que usualmente se exhibe como una distinción cuantitativa desde el punto de vista naturalístico, pero en la que subyacen criterios valorativos desde el punto de vista normológico. Sí se concibiese como teoría, uno de sus principales objetos sería delimitar lo penalmente irrelevante de lo delictivo¹.

Al interior del *iter criminis* confluyen diversas teorías generales que propenden a distanciar la problemática del comienzo de ejecución a un mero proceso de interpretación y subsunción ceñido a los tipos legales, aportando criterios generales que permiten poner en relación el tipo de injusto de la tentativa con la concreta figura delictiva². A partir de esta, se edifican las posteriores consecuencias sistemáticas de grados de ejecución del delito a los fines de la operatividad de las reglas del desistimiento voluntario (impunidad) y de los marcos penales aplicables (tentativa o consumación).

En lo que sigue se hará una breve aproximación dogmática de la clasificación del comportamiento con fines analíticos de imputación de la tentativa y la consumación.

VII.1.a. La dimensión interna. Impunidad y relevancia.

La doctrina por unanimidad señala que el *iter criminis* tiene un primer momento en la *ideación*, cuando surge el propósito delictivo en la persona. A partir de este, seguirá la decisión

¹ Variada doctrina sostiene que las razones que impulsan a la impunidad de los actos preparatorios son de orientación político-criminal, no sólo propiamente de carácter dogmático-criminal (conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, Edisofer, 2001, p. 20). No obstante, dada la función de coordinación de la conducta humana en comunidad que tiene el Derecho penal, todo el universo de lo penalmente relevante responde a consideraciones de política-criminal.

² Ídem, pp. 21 y 23.

de continuar o renunciar con el plan, elegir los medios y llegar hasta la ejecución, todo dentro de la dimensión interna de la persona.

En efecto, la regla es la impunidad, pues nunca el mero pensamiento puede generar responsabilidad penal³. Esto no excluye que la imputación penal del delito exteriorizado se retrotraiga hasta lo interno para verificar si el delito ocurrido pertenece o se lo puede distanciar subjetivamente en todo o en parte al o a la autor/a, liberándolo de responsabilidad (ámbito específico de la teoría del error)⁴.

La principal crítica que se puede formular para el planteamiento tradicional del *iter criminis* es que está pensado únicamente para la imputación de los delitos dolosos de resultado y de mera actividad, no logrando aportar parámetros para los delitos imprudentes y, en mayor medida, los delitos de omisión.

VII.1.b. La externalización.

La persona trasciende el ámbito interno cuando comienza a materializar acciones concretas contrarias a su rol⁵. En este proceso se distinguen los actos preparatorios del comienzo de ejecución. Éste último marca el límite mínimo para la punibilidad de la conducta. Todo lo sucedido con anterioridad deja de ser impune y se integra al contenido total del injusto en desarrollo.

VII.1.b.1. Los actos preparatorios.

Como principio general la preparación de un hecho punible no genera responsabilidad penal. Cierta doctrina entiende que el fundamento por el cual no son punibles los actos

³ El principio de reserva tiene recepción en el artículo 19, parte 1ª, de la Constitución Argentina.

⁴ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 853, nm. 1a. El ámbito interno de la persona son los derechos protegidos absolutamente, en el que nadie puede inmiscuirse sin comportarse a su vez de modo socialmente perturbador (ídem, pp. 852-853 nm. 1a y 1b; también *Criminalización en el estadio previo a la lesión* en *Moderna dogmática penal...* (2006), pp. 391 y ss.)

⁵ Este ámbito termina cuando lo abandona su titular, pues a partir de ese momento ya no realiza la contraprestación que ha de aportarse para que lo interno esté libre de controles: el cuidado por la no peligrosidad externa de la organización interna (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 853 nm. 1b.). En caso de intervención plural se tiene en cuenta la reunión de ámbitos internos a través de las reglas de la accesoriadad cuantitativa, que en los delitos de dominio significa que la tentativa (exteriorización fáctica) tiene lugar unitariamente, como coautoría o participación, para todos/as los/as intervinientes (ídem, p. 853, nm. 1c).

preparatorios es porque se trata de comportamientos equívocos, que no ponen en evidencia un plan delictivo inequívoco⁶.

Excepcionalmente, pueden resultar punibles los actos que queden contenidos en un tipo penal. En ese caso la persona será punible por un delito consumado distinto de aquél que se encuentra en vías de preparación⁷. Por ejemplo, quien confecciona el plano de un establecimiento bancario para acceder a la bóveda del tesoro por medio de un boquete es todavía un comportamiento impune, un acto preparatorio en relación con el delito de robo⁸. En cambio, quien adquiere un arma de fuego para asaltar un camión recolector de caudales y es sorprendido con ésta en su poder en la vía pública, no será punible por el robo planificado, pero habrá consumado el delito de portación ilegítima de arma de fuego⁹.

VII.1.b.2. El comienzo de ejecución.

La dogmática y la jurisprudencia mayoritaria entienden que cuando se pone de manifiesto de manera inequívoca la voluntad de la persona de cometer un hecho determinado se trata de un acto de ejecución del injusto penal. Este implica el inicio de lo típicamente relevante que habilita la punición del comportamiento. Si la ejecución total del tipo no se concreta en su

⁶ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 409. Jakobs señala que el comportamiento, al menos a grandes rasgos, debe poner en evidencia su determinación delictiva y no ser socialmente normal, como sería viajar en un avión (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 858 nm. 9).

⁷ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 409. Jakobs limita la legitimidad de las anticipaciones de la punibilidad a comportamientos externos perturbadores, abstractamente peligrosos, que no tomen en cuenta el contexto de la planificación, pues de lo contrario la desprivatización como pretexto para acceder al aspecto interno despojaría a la persona de su esfera privada, permitiendo incriminar cualquier conducta preparatoria, cual si fuese un Derecho penal de enemigos, no de ciudadanos/as (conf. “*Criminalización en el estadio previo a la lesión*” (2006), pp. 416-417).

⁸ Este delito está previsto y reprimido por el artículo 164 del Código Penal argentino.

⁹ Este delito está previsto y reprimido por el artículo 189 bis, inc. 2º, párr. 3º, primer supuesto, Código Penal argentino. Se aclara que no se analizarán los delitos de peligro, los tipos penales de resultado cortado y los casos de consumación anticipada como modos de punir actos preparatorios. Tampoco abordaré lo referido a la concurrencia de tipos delictivos consumados durante los actos preparatorios con el delito originalmente ideado. En cuanto a los tipos penales de peligro me permito acotar que, por ejemplo, Jakobs critica a estos (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 858 nm. 9). En efecto, los delitos de peligro abstracto son, en su conjunto, anticipaciones de la punibilidad en tanto que su consumación no depende de la lesión de un bien jurídico, sino que se caracterizan por desviaciones del estándar. La problemática en aquellos está en la realización del peligro en hechos que pueden no haber sido aún proyectados, que según las reglas generales no pueden valorarse como perturbación externa, como el caso de quien se procura una arma (conf. *Criminalización en el estadio previo a la lesión* (2006), pp. 410-413). La distinción entre *seguridad cognitiva* y *vigencia de la norma* implica que la primera es necesaria para la efectividad de la segunda. Con base en esto, si el injusto se construye desde la conducta en su abstracta peligrosidad, se puede criminalizar *sin consideración de los proyectos actuales*. Vale destacar que la conducta incriminada queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para cualquiera, con independencia del contexto interno y, en especial, de sus proyectos. El aspecto exterior de la conducta perturba *per se*. Por esto, se pune a autores/as peligrosos/as, enemigos/as, no a hechos peligrosos (ídem, pp. 414-415). Los tipos penales de peligro (cuyo injusto es meramente parcial) no infringen normas principales (delitos de lesión), sino *normas de flaqueo* cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las primeras. Dicho de otro modo, garantizan el cumplimiento de la seguridad cognitiva para que la norma sea eficaz, en tanto cumpla con su prestación de aseguramiento de las expectativas de respeto del núcleo de normas centrales para la sociedad (conf. *Criminalización en el estadio previo a la lesión* (2006); también en *Sociedad, norma y persona...* (2006), pp. 18-21).

aspecto objetivo por circunstancias ajenas a la voluntad (ausencia de consumación), se pune por tentativa acabada.

La regla entonces es que el comportamiento durante la etapa preparatoria siempre permanece impune (salvo la consumación de tipos penales autónomos de peligro, casos de resultado anticipado, entre otros), mientras que a partir del comienzo de ejecución y hasta la consumación se castiga como tentativa, salvo desistimiento del hecho¹⁰.

Ahora bien, existen diversas fórmulas legales con relación al *comienzo de ejecución*. El artículo 42 del Código penal argentino¹¹, sin modificaciones hasta la actualidad, prevé que hay tentativa punible si el o la autor/a realiza *un acto de ejecución* con intención de consumir un tipo objetivo, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. El §22 del StGB alemán también establece que intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo. La fórmula alemana de *ponerse inmediatamente a realizar el tipo* está condicionada por la *representación* de la persona.

Jakobs explica que el inicio de la tentativa punible es el comienzo de la realización del tipo, con el disponerse a realizar las acciones típicas, descartando la exigencia de realización parcial (teoría formal). La fórmula legal (§22 del StGB alemán) elimina referencias al peligro cercano o inmediato para el bien jurídico u otro objeto (teoría material objetiva), permitiendo que sin haber concretado el peligro con alguna proximidad se realice el tipo por tratarse de un concepto formal. Por ejemplo, un abogado persuade en su oficina a una testigo para prestar una declaración falsa -según Jakobs- se trataría de una tentativa acabada de inducción, no de un acto preparatorio de autoría. En la mayoría de los delitos no coincide la ejecución de la acción con la realización del tipo. La referencia valorativa es la acción típica, que concluida según la representación del o de la autor/a, genera que pierda influencia sobre el suceso, llegando a la ejecución sin posibilidad de revocación: a la tentativa acabada. Por ejemplo, en los delitos de mera actividad, la conclusión de determinada acción conduce *eo ipso* a la consumación. Mientras el suceso siga siendo reversible según la representación de quien actúa habrá ejecución con posibilidad de revocación, tratándose como una tentativa inacabada¹².

Jakobs hace concreciones sobre la decisión puesta en práctica. En primer lugar, se da la *decisión del hecho* (abandona la preparación) si las acciones tienen significado para el o la autor/a como su comienzo directo, aun cuando sea incierto perseverar hasta el final. Por ejemplo, quien levanta un cuchillo contra su enemigo que se encuentra desprotegido. Falta la

¹⁰ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 409.

¹¹ Según Ley n° 11.179, B.O. 29/10/1921.

¹² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 881 nm. 56-57 y nota 81 al pie p. 880. El peligro es cuantificable como un *continuum* iniciado desde la resolución delictiva, antes de la ejecución (ídem, nm. 57).

decisión puesta en práctica si el actuar es aún ambivalente porque resta inversión en el delito para que tenga sentido. Por ejemplo, el enemigo se da cuenta de la amenaza y empieza a correr. En segundo lugar, *falta la objetivación del propósito delictivo* (decae la tentativa) si el o la autor/a se abstiene de realizar las acciones necesarias para tener sentido el hecho antes de que se produzca la condición de la que depende la decisión (base fáctica incierta para el o la autor/a). Por ejemplo, un ginecólogo debe examinar a una paciente y está decidido a practicar un aborto en caso de embarazo. El examen no pone en práctica la decisión delictiva. En cambio, la condición no impide la puesta en práctica cuando el sentido del actuar favorece el delito. Por ejemplo, el médico examina a la paciente como preparación previa del aborto que inmediatamente realizará. Es indiferente si el condicionamiento afecta la posibilidad de consumar o la significación del hecho para el o la autor/a¹³.

Otra apreciación es que la proximidad debe estar en relación directa con el suceso que se representa desde un juicio objetivo, pero no en referencia a un curso causal apreciado objetivamente. Se interpreta que el §22 del StGB alemán descarta su aproximación hacia teorías subjetivas que focalizan en la apreciación del o de la autor/a para determinar la fase alcanzada o la proximidad al tipo. También la fórmula del dolo *ex re* marca cuándo se pone de manifiesto el dolo en el suceso objetivo, que puede ser antes de la inmediatez o faltar en la fase de consumación¹⁴.

Por su parte, el artículo 16, inciso 1º, del Código Penal español de 1995 establece que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. El código español se sitúa, en principio, en una formulación objetiva para apreciar cuándo hay *comienzo de ejecución del delito*, toda vez que establece que *necesariamente* debe ser vinculado a *hechos exteriores que objetivamente deberían producir el resultado*, que practicados en todo o en parte, no logran alcanzar aquél por causas ajenas a la voluntad de la persona.

La fórmula del artículo 42 del Código Penal argentino parece similar al código español. Sancinetti explica que el artículo del código argentino contiene la fórmula del *comienzo de ejecución* del Código Penal francés de 1810, con la pauta de la *finalidad de cometer un delito determinado* tomada del Código Penal italiano de 1889. Por su origen mixto, se puede interpretar el comienzo de ejecución desde las concepciones subjetivas focalizando en la

¹³ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 870-871 nm. 30-33. Existe la posibilidad que un condicionamiento supersticioso no excluya el dolo. Siempre hay que atender al sentido consciente del comportamiento (dolo en la tentativa). Para esto Jakobs brinda un estándar objetivo: *las inversiones hablan en favor de la resolución puesta en práctica*, si son mínimas harían dudar que se dé algo más que una alternativa de decisión (ídem, p. 874 nm. 35).

¹⁴ Ídem, pp. 881-882 nm. 59-60.

voluntad de quien actúa contra un bien jurídico (exigiendo dolo directo, intención), o desde concepciones objetivistas que puntualizan en el peligro externo para marcar el comienzo de la ejecución típica¹⁵.

Sancinetti expresa que ninguna fórmula legal puede erradicar el margen de indeterminación del momento inicial de la tentativa. Según él, solo estructuralmente es determinable el momento final: la tentativa acabada. En efecto, resalta la tensión entre disvalor de acción y de resultado, este caracterizado por la consumación, especialmente en el injusto doloso, impediría distinguir entre naturaleza e imputación. Por esto, sostiene, de manera extrema, que un Derecho penal de culpabilidad debería en el injusto doloso desterrar el concepto de consumación, pues cuanto mayor sea la incidencia de la ausencia de esta en la punibilidad, más se exige un *peligro objetivo* en la tentativa, lo que contiene mayor vinculación en el reproche a datos externos ajenos a la culpabilidad. Esta última es entendida como *motivación defectuosa*, en lugar de desgracia o azar. Según Sancinetti, cuanto más esté ligado el injusto a datos externos, mayor peso de la responsabilidad por el resultado. Por eso remarca que el injusto culpable no puede contener ningún ingrediente que no se refleje en una diferencia de motivación¹⁶.

Por su parte, Mañalich critica la extrema concepción subjetiva del injusto. Sostiene que el indicador intrínseco del déficit de reconocimiento subjetivo de la norma está en la llamada *resolución al hecho*. El reconocimiento de una tentativa inacabada solo puede tener lugar si el comportamiento es indicativo que la persona ya está resuelta a ejecutar u omitir la acción bajo las circunstancias que asume como efectivas. Es suficiente, desde ese punto de vista, que pueda adscribirse la creencia predictiva exigida para el dolo¹⁷. En todo caso, si esta fuera falsa respecto a la existencia objetiva de la situación generadora de la oportunidad para la acción, la actitud subjetiva no hará posible una interpretación del comportamiento como efectivamente expresivo de una falta de adopción del compromiso práctico que habría seguido de un reconocimiento subjetivo de la norma como razón vinculante. La imputación depende de que la persona haya

¹⁵ Conf. Sancinetti, *Dogmática del hecho punible...* (2003), pp. 37 y 39 y nota 25 al pie. Indica Alcácer Guirao que las ideas sobre la labor punitiva del Estado de los pensadores ilustrados de la Revolución francesa se caracterizaban por dos notas fundamentales: liberalismo como doctrina política guiada por la estricta separación entre derecho y moral, lo público y lo privado, y la primacía axiológica de la libertad individual frente a los intereses colectivos y estatales (conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), p. 18).

¹⁶ Conf., *Dogmática del hecho punible...* (2003), pp. 25, 27 y 35. El problema, a mi criterio, es que en su planteamiento la motivación no puede influir en la valoración del injusto, pero sí en el ámbito de determinación de la pena (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 154).

¹⁷ Según Mañalich basta el dolo eventual. Jakobs advierte que las suposiciones que no tienen en cuenta los principios de la experiencia o de la lógica no constituyen dolo de tipo. Para el comportamiento de tentativa se tiene en cuenta que el o la autor/a se base en esos principios (aun cuando se verifiquen errores de aplicación), para que toda persona razonable pueda comprender ese comportamiento (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 854 nm. 1d). A la vez, con referencia al §22 del StGB alemán, Jakobs afirma que para determinar el comienzo de la tentativa no hay que atender sólo a *que* el o la autor/a entienda que el tipo se va a realizar, sino también a *cómo* va a llevarse a cabo (ídem, p. 867 nm. 24).

contado con la creencia de encontrarse en una situación que le proveía la correspondiente oportunidad para omitir o ejecutar la acción que habría de exhibir las propiedades respectivamente fundantes de antinormatividad. Esa ausencia de reconocimiento es constitutiva de la falta personal que sustenta la adscripción de responsabilidad a título de tentativa¹⁸. La posición de Mañalich adopta dentro del criterio de la *resolución del hecho* la equiparación del dolo de la tentativa con el dolo de la consumación, algo que puede hacer a este planteamiento acreedor de las críticas que formula Sancinetti como dogma de la identidad¹⁹.

VII.1.b.3. La delimitación entre la preparación y el comienzo de ejecución.

La distinción entre los actos preparatorios y de ejecución está mediada por diversas teorías. Las dificultades existen en cualquier explicación dado que el camino desde la ideación al agotamiento o terminación de la acción constituye un continuo donde cualquier barrera es sólo aprehensible con criterios dependientes del tipo penal concreto que deben asumirse con cierta arbitrariedad, nunca son definitivamente seguros²⁰. Alcácer Guirao expresa que esto se debe a razones estructurales. Desde una óptica naturalística, se pretende delimitar mediante una discriminación de un segmento temporal respecto de otro inmediatamente anterior, denotando un cambio cuantitativo, no cualitativo, con relevancia valorativa en la actividad criminal. Por ejemplo, alzar la pistola hacia la posición de disparo, apuntar, apretar el gatillo, la bala impactando sobre el cuerpo de la víctima y la muerte. Las diferencias estructurales entre las formas de realización delictiva no pueden resolverse con carácter genérico y unitario, sino que depende de cada tipo legal la concreta forma de ataque al bien jurídico y la particular estructura de realización causal. Se agrega que las fórmulas legales muestran dificultades de determinación sobre el comienzo de ejecución en la tentativa acabada, en la autoría mediata, en la coautoría y en la omisión. Suele afirmarse que la *descripción legal de la tentativa* refiere a la tentativa inacabada activa del o de la autor/a individual²¹. El inconveniente semántico del término *ejecución* radica en que no abarcaría los supuestos en los que ya se ha realizado todo lo necesario para consumar el delito (tentativa acabada). Tampoco comprende las omisiones

¹⁸ Conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 486-487.

¹⁹ Ver las referidas críticas en el Capítulo III apartado 5.a. (pp. 28-33).

²⁰ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 390. La cuestión acerca de cuándo termina la preparación es un límite -objetivo- referido al momento a partir del cual la norma imparte un mandato. Si el carácter ejecutivo de los actos pudiera derivar simplemente de que el o la autor/a revele su decisión de ejecutar el delito, antes podría existir ya un acto ejecutivo. Ni el peligro ni la voluntad pueden resolver el problema del comienzo de ejecución (ídem, p. 394).

²¹ V. gr., el artículo 42 del Código Penal argentino, el artículo 16 del Código Penal español o el §22 del StGB alemán.

(no se *ejecuta* nada) y en singular desconoce los casos de varios/as intervinientes que realizan el tipo o procuran que otro/a/s lo hagan (coautoría/participación)²².

Para abordar esta problemática, esquemáticamente, nos encontramos con teorías subjetivas (abarcando la teoría de la impresión), teorías objetivas, teorías individual-objetivas y otras normativas (como la teoría de la imputación objetiva). Se pone de resalto que la solución no podrá adoptar una perspectiva valorativa contraria al propio fundamento del injusto de la tentativa²³. De modo que, si se abraza un fundamento objetivo como el peligro para el bien jurídico, el comienzo de ejecución no podrá establecerse en función del ánimo manifestado por la persona²⁴. Esto puede interpretarse como una exigencia de *compatibilidad teórica*, pues el fundamento de legitimación del injusto que se siga, en el comienzo de ejecución en principal medida, hará que su operatividad evidencie la vulneración de la norma de comportamiento penal reforzada.

VII.1.b.3.a. Los abordajes subjetivistas sobre el comienzo de ejecución.

Las teorías subjetivas focalizan la manifestación de la voluntad mediante el acto realizado, adscribiendo un carácter unívoco o equívoco. Los actos preparatorios serían equívocos porque admiten varias explicaciones, mientras que los ejecutivos son unívocos. Por ejemplo, comprar un arma o una botella de veneno serían actos preparatorios, en tanto que apretar el gatillo del revólver frente a la víctima o colocar una porción de veneno en la comida de la víctima serían actos de ejecución porque inequívocamente ponen de manifiesto el propósito delictivo²⁵.

Estas teorías en exceso llegan a considerar cualquier acto de preparación con el estatus de una tentativa, porque en todas las etapas del delito hay voluntad criminal. No resuelven ni dan respuesta de hasta dónde se adelanta la norma de comportamiento que se infringe en el comienzo de ejecución, dando lugar a la tentativa.

²² Conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 11-13. En respaldo señala que Jakobs asume que no puede dar un criterio general y opta por analizar la cuestión con base en determinados tipos (ídem, nota 8 al pie p. 12).

²³ Con mayor extensión sobre la legitimidad del injusto de la tentativa ver Capítulo V, pp. 110-164.

²⁴ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), p. 23.

²⁵ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 417.

VII.1.b.3.a.1. La teoría de la impresión.

Puede ubicarse como variante dentro de las teorías subjetivas. Esta corriente postula que lo decisivo para merecimiento de pena son los efectos que tiene la voluntad delictiva sobre la comunidad por la capacidad de perturbar la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica. El inconveniente de este criterio es su circularidad argumentativa, su alto grado de abstracción, la vaguedad e indeterminación para su aplicación. Se repara que el *strepitus fori* termina dependiendo de la sensibilidad del juzgador, sin bases racionales intersubjetivamente argumentales de decisión para juzgar aquella voluntad criminal, o debiendo apelar al sentimiento jurídico de un/a ciudadano/a medio/a ideal que juzgue lo considerado normal en una sociedad determinada²⁶.

Roxin intenta matizar estas dificultades introduciendo exigencias adicionales como que el o la autor/a incidan en la *esfera de la víctima* y exista una *estrecha relación temporal* entre la acción y el resultado perseguido. Si el contacto con la esfera de la víctima es común en el contexto social, no habría comienzo de ejecución. Sin embargo, esta es una de las características distintivas del concepto de riesgo de la teoría de la imputación objetiva, por lo que no sirve *per sé* para asentar la plausibilidad de la teoría en trato. Roxin también pretende distinguir de la teoría de los actos intermedios al requisito de la estrecha relación temporal. Aquella teoría -señala- es vaga e indeterminada y reduce el comienzo de ejecución²⁷. Por ejemplo, un terrorista intenta asesinar a un político, para eso dispara primero al guardaespaldas para atacar luego a su objetivo. La teoría de los actos intermedios reputaría como acto preparatorio la agresión sobre el guardaespaldas, definiendo a este como un acto intermedio esencial para matar al político. La solución luce contraintuitiva. Nadie negaría el comienzo de ejecución de la tentativa de homicidio hacia el político con el homicidio previo. La propuesta de Roxin recibe críticas normativiza a estos vagos presupuestos, como el *concepto de esfera de la víctima* que es susceptible de ser adaptado a necesidades coyunturales del juzgador. Por otro lado, la teoría de la impresión no aportó ulteriores concreciones para definir cómo es o se configura la conmoción social y no explica qué sucede en los tipos penales que tutelan bienes jurídicos supraindividuales²⁸.

²⁶ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 28-29.

²⁷ Sobre esta teoría, sus comentarios y críticas, ver Capítulo VII apartados 1.b.3.b.2. y 1.b.3.b.5. (pp. 226-229 y 230-232).

²⁸ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 29-31.

VII.1.b.3.a.2. La teoría de la decisión de voluntad.

Una variante dentro de las teorías subjetivas proviene es la de Sancinetti, quien refiere a la progresividad del dolo con base en las teorías de las normas y las distinciones tomadas de Struensee, para fundamentar el límite entre la preparación y el comienzo de ejecución en la norma que prohíbe la primera decisión de voluntad, el primer paso de desarrollo del plan de la acción (que es el dolo constitutivo del disvalor de acción). En su concepción, sólo el dolo de la tentativa acabada tiene identidad con el dolo del delito consumado. Cada una de las decisiones anteriores, según el plan de acción, expresan el contenido de voluntad correspondiente en un juicio de valor diferente y de menor gravedad, aunque todas estas deben estar acompañadas de un *querer seguir* (que Struensee la denominó *decisión de perseverar*)²⁹.

Esta teoría explica bajo qué idea justifica el comienzo de ejecución, que parecería ser una norma de flanqueo que prohíbe que el dolo se convierta en decisión de voluntad, pero no identifica cómo acontece esto, al contrario de lo que sí puntualiza para la tentativa acabada. Si cualquier paso de acción anterior al último justificaría el comienzo de ejecución de la tentativa, la arbitrariedad de su determinación tropezaría con el subjetivismo -esta vez- del juzgador para su definición.

VII.1.b.3.b. Las perspectivas objetivas sobre el comienzo de ejecución.

VII.1.b.3.b.1. La teoría formal objetiva.

Esta corriente postula que comienza la ejecución del delito cuando se han realizado actos que desarrollen parte del verbo típico. Por ejemplo, una tentativa de homicidio comenzaría si el autor asesta contra la víctima una puñalada sobre el tórax de varias más que resultan por sí mortales. Los actos fuera del sentido del verbo típico serían preparatorios. Por ejemplo, buscar y elegir el cuchillo para luego ir a apuñalar.

Esta teoría intenta respetar el principio de legalidad, identificando el comienzo de la tentativa con la realización del tipo legal en sentido estricto, vedando adelantar el castigo al

²⁹ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 410, 413 y 416. La *decisión actual* significa cualquier exteriorización en sentido objetivo. Al decir de Puppe, la decisión jurídico-penalmente relevante surge recién con y en el hecho (ídem, p. 417). Esta argumentación acompaña las críticas que los finalistas de Bonn mantuvieron contra las posturas objetivistas sobre la conformación completa del dolo en el comienzo de ejecución (catalogado como el *dogma de la identidad*).

ámbito previo al tipo. A pesar de esto, se critica que opera tautológicamente al requerir que la tentativa comienza con la acción que realiza el verbo típico. A la vez encierra una insatisfacción político-criminal por dejar impunes (considerar preparatorias) a conductas indudablemente merecedoras de castigo, Por ejemplo, abrir la ventana y entrar a la habitación de una vivienda para apoderarse de un objeto ajeno. También se critica la imposibilidad de admitir tentativa inacabada en los delitos instantáneos³⁰. Consecuentemente la correspondencia del comienzo de ejecución con el tipo es el objeto de la determinación, no el criterio para discernir los actos punibles porque³¹.

Por otro lado, la corriente que orienta la solución a la ejecución del último acto parcial previo a la acción típica tropieza con la dificultad de la imprecisión e inexactitud sobre cuándo la causación abarca a la totalidad relevante de todas las posibles acciones típicas y cuál es el comienzo de la acción típica. La doctrina arguye que no se debe atender a una consideración dividida en movimientos corporales singulares (sacar, apuntar, quitar el seguro o disparar el revólver hacia una persona), diluyéndose la solución del acto parcial³².

VII.1.b.3.b.2. La unidad natural de acción y la teoría de los actos intermedios.

La idea de *unidad de acción* de Frank intenta ampliar el ámbito de lo ejecutivo al introducir acciones que en sentido estricto no realizan el verbo típico, pero que, en sentido amplio, se consideran parte del tipo. En efecto, serían ejecutivos aquellos comportamientos que, por su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes e inseparables de esta³³.

Una variante de esta teoría fue es *teoría de los actos intermedios*. En efecto, los actos de tentativa son aquellos que encuadran estrictamente en el tipo penal y suponen un inicio inmediato de la realización típica. Antes de la acción que realiza el verbo típico pueden existir eslabones o pasos intermedios esenciales que se distinguen de la fase decisiva del hecho sin interrupciones. Según Gimbernat Ordeig, la acción de comienzo de ejecución precede inmediatamente a la típica y se halla unida en una íntima conexión. La inmediatez implicaría que entre el acto enjuiciado y la acción que realizaría el verbo típico no sean necesarios actos

³⁰ La consumación se daría con la misma realización del verbo típico.

³¹ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 51-54. Asimismo, se resalta que puede haber casos en los que una realización parcial del tipo no configure todavía una tentativa (ídem, pp. 54, 82 y ss.).

³² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 882-883 nm. 62.

³³ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), p. 54.

intermedios, para que la acción arribe a la realización típica (consumación) sin interrupciones, con inmediatez temporal. Asimismo, si existiesen actos intermedios inesenciales también habría tentativa³⁴.

Se critica a la fórmula que la inmediatez temporal y de la acción no son sinónimos, sino que se trata de requisitos íntimamente vinculados al comienzo de ejecución. Se achaca que el *acto intermedio* es un concepto vago porque cualquier acción puede idealmente dividirse en infinidad de actos intermedios. Los adeptos a esta posición replican que debe tenerse en cuenta la ausencia de eslabones intermedios desde una *unidad de acción*, tomando en cuenta la acción que realiza el verbo típico (fórmula de Frank)³⁵.

Según Alcácer Guirao, tendrá preferencia la ausencia de actos intermedios por sobre la inmediatez temporal. Esta última es un como criterio correctivo para casos en donde el plan criminal llevaría a negar la tentativa, si entre la última acción esencial previa y la realización del verbo típico hubiese un considerable lapso temporal hasta la consumación. Sin embargo, reconoce el inconveniente de operar con marcos temporales y de abrir alternativas de interpretación, además de que aquella inmediatez no puede conformar al acto intermedio esencial. En consecuencia, según el comentarista en trato, normativamente lo correcto sería interpretar la acción como *unidad de sentido o de ataque* entre el último acto realizado y la realización del verbo típico, dentro de la cual la inmediatez temporal opera como criterio reductor para fases intermedias retardadas. Por ejemplo, el tirador detiene la ejecución para descansar y retomar o esperar un momento más seguro para disparar; quien fuerza la ventana de una casa sin ocupantes, la deja abierta con la intención de volver al día siguiente y concretar el robo³⁶.

En general, la tesis de la unidad de acción (Frank) y la teoría de los actos intermedios pretenden exhibir la determinación del comienzo de la tentativa como un problema de interpretación de los tipos legales en función de la definición legal de tentativa. Con esto, desconocen la ambigüedad inherente del lenguaje (intensión y extensión de las palabras o términos)³⁷. La *zona de penumbra* impide cumplir con la exigencia de taxatividad del principio de legalidad, cuestión que pretenden superar los métodos de interpretación del Derecho (sentido literal y gramatical de los términos, criterios históricos, sistemáticos, teleológicos, etc.). Lo problemático es cómo interpretar la acción de quien, por ejemplo, apoya un pie en la pared de

³⁴ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 54-55 y 70-71 y nota 138 al pie de p. 55.

³⁵ Ídem, pp. 56-59 y 71-72.

³⁶ Ídem, pp. 78-79. Utiliza el término *fases intermedias esenciales*, en lugar de actos intermedios, para no remitir a una noción de actos físicos, sino de secuencias temporales.

³⁷ Conf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, pp. 41 y ss., p. 122.

una vivienda para escalar a la ventana. A mayor zona de penumbra más amplitud para el castigo³⁸.

Se critica particularmente que la teoría de los actos intermedios conlleva un adelantamiento de la tentativa a acciones que no realizan el verbo típico. Sus defensores replican que, a diferencia de la teoría objetivo-formal, esos actos previos inmediatamente unidos se pueden subsumir en el verbo típico. Por ejemplo, apuntar con el arma es estar matando. Por eso es típica la conducta cuando la fase anterior a la realización viene a corresponderse con el contenido del injusto tipificado del concreto delito. Se dice que la acción anterior queda abarcada materialmente por el sentido de la prohibición mediante una interpretación idiomática y objetiva. La exigencia legal de *dar principio* o *dar comienzo*, concretada interpretativamente por el concepto de actos intermedios, arroja que existiría unidad de acción si entre la acción y la realización del verbo típico no queden eslabones intermedios esenciales y existe una inmediatez temporal. Si bien supone un adelantamiento de la tipicidad de la tentativa, no resulta excesivo -según Alcácer Guirao- por razones político-criminales³⁹.

Otra crítica al criterio de la inmediatez temporal viene por su incapacidad para solucionar los casos de delitos de distancia⁴⁰. Por ejemplo, la bomba enviada por correo. Alcácer resuelve este reparo apelando -nuevamente- al concepto de *inmediatez funcional*, interpretando lo temporal para corregir la determinación de la ausencia de actos intermedios esenciales. Expresa que comienza la tentativa cuando el o la autor/a echaron la carta en el buzón o despacharon la encomienda. En cambio, para el criterio de inmediatez temporal todavía faltaría el inicio del curso causal por parte del objeto o instrumento para que producir el resultado. Sí la persona realizó todos los actos necesarios para producir el resultado se pensaría en una tentativa acabada, empero todavía precisa la actuación de un/a tercero/a o de la víctima (v. gr., el o la cartero/a, quien reparta la encomienda, que el o la destinatario/a la abra para que explote la bomba)⁴¹.

Los mismos reparos recibe la noción de *acto intermedio* en los delitos de varios actos⁴². Estos presentan una estructura semejante a la autoría mediata porque la víctima debe realizar una parte del tipo. Por ejemplo, en la estafa debe la víctima llevar a cabo la disposición

³⁸ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 56-59 y 71-72. Es preciso definir cuáles elementos caracterizan el significado intensional de *inmediatez temporal* y cuáles otros de *ausencia de actos intermedios esenciales*. A menor concreción de las características que hayan de cumplir los objetos para integrarse en el término, mayor será la vaguedad extensional y más amplia la zona de penumbra. Esto atenta contra la seguridad jurídica e invita al decisionismo y la arbitrariedad (ídem, pp. 59-60).

³⁹ Ídem, pp. 65-67 y nota 165 al pie.

⁴⁰ V. gr., entre el último acto y la realización parcial del delito existe un transcurso de tiempo considerable.

⁴¹ Conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), p. 81. Desde la teoría formal objetiva hay tentativa si se realiza uno o más elementos del tipo (realización parcial) u objetivamente se abarca un elemento del tipo (ídem, p. 82).

⁴² Cuando algunos actos típicos aparecen como medio para la realización de otros poseen carácter esencial -de fin- respecto a los primeros, que son un medio.

patrimonial bajo el error provocado por el o la autor/a. Alcácer -nuevamente- recurre al concepto de *inmediatez funcional* para explicar que el comienzo de la tentativa está en la última acción realizada en relación de inmediatez con el verbo nuclear del tipo, conforme una unidad continuada de ataque sin eslabones intermedios esenciales, configurándose una disposición inmediata a la realización completa del tipo. La distinción entre *verbo rector o nuclear* y *verbo medial* es un recurso auxiliar del que debe valerse para el caso concreto. El segundo sería el que describe la acción dirigida a la realización del primero. Por ejemplo, la producción del engaño (medial) para hacer caer en error a la víctima y que efectúe la disposición patrimonial perjudicial (nuclear). La sola realización del verbo medial (engaño) constituye una tentativa en la estafa, sólo si la disposición se va a efectuar como respuesta inmediata. Destaca Alcácer que el nexo de inmediatez y de unidad de ataque hacia el verbo nuclear del tipo tiene estrechos puntos de contactos con el *criterio del peligro*, requiriendo una situación de inminente amenaza y de afectación material del bien jurídico desde la perspectiva del injusto de la tentativa⁴³.

VII.1.b.3.b.3. La teoría material objetiva.

Esta corriente teórica añadió a la teoría formal-objetiva el criterio del *peligro para el bien jurídico*. En efecto, comprar un arma no implica un peligro para la vida, en tanto que apretar el gatillo sería un acto ejecutivo porque supone peligro para la vida de a quien se dirige el disparo⁴⁴.

Se critica que el peligro es un *continuum* que no puede seccionarse en grados. Hay peligro desde el primer acto preparatorio. Con lo cual, por exceso considera ejecutivos a actos preparatorios altamente peligrosos y por defecto deja impunes actos formalmente típicos de peligro mínimo. El peligro no puede ser el criterio para fijar el comienzo de la ejecución, pero sí para valorar el tipo de injusto de la tentativa cuando el acto ostenta las características de tipicidad suficiente. Sus partidarios debieron recurrir a adjetivos (v. gr. directo, inmediato, serio, muy elevado, etc.) para circunscribir el *peligro*. Por ejemplo, Schönke/Schröder/Eser tomaron en cuenta la perspectiva del o de la autor/a, afirmando que la tentativa se comienza a ejecutar con la voluntad delictiva manifestada en una acción que, según el plan de quien actúa, comporta un peligro directo para el bien jurídico protegido. Alcácer Guirao propone, por su parte, que el

⁴³ Conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 83-84 y 86-89.

⁴⁴ Esta idea se convirtió en dominante en la doctrina clásica argentina, por ejemplo, Soler (conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), pp. 417-418).

peligro para el bien jurídico sirva como criterio adicional cuando la teoría de la ausencia de los actos intermedios no sea aplicable. Por ejemplo, en el caso de la tentativa activa inacabada en autoría mediata, el problema del control del peligro por la actividad del o de la autor/a⁴⁵. Estas alternativas no disipan el margen de arbitrariedad que encierra cualquier planteamiento subjetivo ceñido al peligro, en tanto resulta imposible determinar desde una perspectiva psicológica la exactitud de la representación particular del peligro. Esta tesitura no se adapta a la exigencia de criterios normativos que exhiban indicadores objetivos claros.

VII.1.b.3.b.4. La teoría individual objetiva.

Debido a las críticas por la indeterminación del momento del comienzo de ejecución de la teoría material objetiva, surgieron criterios que *combinan* presupuestos objetivos y subjetivos. La *teoría individual-objetiva* considera conjuntamente el *plan del o de la autor/a* (lo individual) y el *grado de peligro cercano para el bien jurídico* de la acción realizada (lo objetivo). Por ejemplo, que el autor se acerca a la víctima sería un acto preparatorio, pero que lo haga con un arma de fuego en la mano apresto a disparar sería un acto de ejecución⁴⁶. Este planteo contiene las dificultades recurrentes a las apuntadas en este capítulo, en los apartados 1.b.3.a.2. y 1.b.3.b.3.⁴⁷.

VII.1.b.3.b.5. La unidad ininterrumpida de ataque bajo una inmediatez funcional.

Como vimos en el apartado 1.b.3.b.2. de este capítulo, Alcácer Guirao construye un planteamiento que parte de dos planos de análisis para discernir la tipicidad de la tentativa. Primero, tomar la descripción formalizada de un hecho típico para subsumir la conducta a un nivel *semántico* (formal). Para esto tiene en cuenta el aspecto subjetivo del plan del o de la autor/a (la resolución de voluntad) para conocer la proximidad existente entre el acto y el verbo típico, deduciendo de allí su calidad ejecutiva, lo que no implica que sea típico. Por ejemplo, el plan es disponerse inmediatamente a disparar una pistola descargada. Segundo, valorar si la conducta ejecutiva posee la cualidad que la convierte en un injusto penal formal peligroso para

⁴⁵ Conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 24-26 y 44-45.

⁴⁶ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 418.

⁴⁷ Ver pp. 225 y 229-230.

el bien jurídico (material)⁴⁸. Transmutado al artículo 16 del Código Penal español o 42 del Código Penal argentino, según este planteamiento, hay tentativa si se da principio a la ejecución directamente por actos exteriores que objetivamente deberían producir el resultado de acuerdo al plan del o de la autor/a. Alcácer sostiene que analíticamente separa los problemas de delimitación de lo ejecutivo y el fundamento del injusto de la tentativa, para evitar el riesgo de adelantamiento de la punición por la mera referencia al peligro como comienzo de la tentativa. Por ejemplo, quien suministra una dosis mínima de veneno, inocua por sí sola, dentro de las veinte dosis planificadas a lo largo de varias semanas, debe ser considerado un acto ejecutivo de homicidio porque supone el inicio inmediato de una acción dirigida a matar, que además ostenta el grado suficiente de peligro para ser considerado un injusto merecedora de pena. Al contrario, el acto de preparar una bomba es peligroso, pero al no existir inmediatez temporal con el momento en que va a detonarse no es típico (ejecutivo). El plan determinará si se da un peligro directo para el bien jurídico constitutivo de dar comienzo a la ejecución. Por ejemplo, quien contempla externamente a otra persona, desde una ventana, apuntando con un rifle puede disponerse inmediatamente a disparar (comienzo de tentativa) o sólo comprobar las posibilidades para disparar (acto preparatorio)⁴⁹.

Según Alcácer Guirao, toda teoría que pretenda establecer el comienzo de ejecución deberá poseer un carácter *mixto*. El enjuiciamiento del plan debe llevarse a cabo desde una perspectiva objetiva con criterios objetivos, no desde la consideración personal del o de la actuante. Asume que la teoría de los actos intermedios adelanta mínimamente el comienzo de la tentativa a conductas que rozan la frontera del sentido del verbo típico, pero que plasma una razonable síntesis entre necesidades preventivas y exigencias garantísticas. A este criterio le añade el requisito de que los actos revistan un peligro considerable para el bien jurídico protegido, desde una perspectiva objetiva *ex ante*. A su vez, sostiene que la ejecución del delito debe abordarse desde una óptica teleológica del fin del Derecho penal (según su concepción de protección de bienes jurídicos). Por todo esto, la mencionada *unidad natural de acción* no dependerá exclusivamente del plan criminal, sino de pautas objetivas de determinación a partir de este. Por ejemplo, una tentativa de homicidio habrá comenzado con el francotirador recostado en el suelo del tejado con el arma en posición de disparo, dispuesto a disparar inmediatamente, aunque necesite algunos segundos para alcanzar con la mira a la víctima. No habrá comenzado la ejecución si, por ejemplo, todavía tiene que preparar el arma e introducir las balas. Tampoco habrá comenzado la ejecución cuando la víctima debe llevar a cabo actos

⁴⁸ Alcácer Guirao asume que lo formal y lo material están íntimamente unidos en los tipos legales.

⁴⁹ Conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 40-43 y 45-48.

según el plan para dar comienzo a la ejecución por sí (inmediatez de la acción). Por ejemplo, el caso de la gasolinería. Alcácer esgrime que la *inmediatez funcional* existe cuando hay una *unidad ininterrumpida de ataque* carente de fases intermedias esenciales⁵⁰.

Ahora bien, los planteamientos de la unidad de ataque y de la inmediatez funcional de realización del verbo rector del tipo, en general, no hacen más que reiterar argumentativamente, en forma circular, parámetros de análisis causal del *iter criminis*, otorgando otras denominaciones sin variar estructuralmente la idea, constituyendo un fraude de etiquetas.

VII.1.b.3.c. Las perspectivas normativas sobre el comienzo de ejecución: la teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva intenta aportar a la problemática en tratamiento algunos criterios normativamente orientados. En efecto, partiendo de la idea de que el injusto de la tentativa, al igual que la consumación, conlleva el quebrantamiento de la norma mediante la infracción al riesgo permitido no habrá tal si el comportamiento se encuentra dentro de lo delimitado como riesgo permitido o lo socialmente adecuado. Por ejemplo, manejar hacia el lugar del hecho, o ingresar a un establecimiento de acceso público para luego robar. Cualquier acción exteriorizada iniciará la tentativa cuando exceda lo interpretado como riesgo permitido. Se exige que la ejecución sea objetivamente cercana a la consumación (inmediatez temporal). Por ejemplo, el autor que es sorprendido dentro de la casa donde va a robar se ha introducido en la esfera de protección de la víctima, o quien tiene en su poder un documento que había falsificado y está por presentar ante una autoridad. En ambos casos actúan sobre el objeto de protección, excediendo el riesgo penalmente permitido⁵¹.

En efecto, esta teoría -refinada por posiciones funcionalistas- atiende al significado de la acción para la vigencia de la norma, a la expectativa de conducta normativamente esperada del o de la autor/a en el contexto social que se desarrolla. Al definir el comienzo de ejecución como la conducta contraria al rol social del y de la ciudadano/a, se condiciona al contexto social aquello que surge inadecuado. La infracción de la norma de comportamiento tiene lugar cuando no pueda ser explicada objetivamente de otra forma que como delictiva, en función de ese contexto. Se agrega que el riesgo generado se revela por sí mismo como la realización típica perseguida (Vehling). Por ejemplo, varias personas acordaron robar a un cobrador del tranvía

⁵⁰ Conf. *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 68-69; 74, 76 y 80.

⁵¹ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 418.

cuando éste bajase, para eso se situaron en la estación en que normalmente llegaba con la recaudación. Uno del grupo esperaba en el coche con el motor en marcha y el resto estaba con bolsas de pimienta en cada mano para tirar a los ojos al cobrador cuando llegase. Ninguno tenía conocimiento en qué tranvía viajaba la víctima. Tras pasar cuatro formaciones sin que apareciera, desistieron del plan. Este es el caso conocido como *las bolsas de pimienta*, sobre el cual el BGH alemán (1952) consideró que existía tentativa. Vehling postula lo contrario. Entiende que la conducta, independientemente del dolo (cuestión interna del acto), se ajustó al rol socialmente adecuado de pasajeros y se mantuvo dentro del riesgo permitido. Según Vehling la conducta estuvo distanciada de la acción típica de robo porque eran pasajeros que aguardan en el andén. Distinto sería si, en lugar de pimienta, hubiesen portado armas de fuego a la vista, supuesto que resolvería como comienzo de la tentativa. Un caso opuesto es el caso de la gasolinería, donde varias personas con el fin de robar al dueño se apostaron armados, con medias de mujer sobre la cara, golpearon varias veces la puerta de la vivienda con intención de abalanzarse sobre la víctima cuando abriese. Al no ser atendidos, abandonaron el plan. El BGH alemán consideró que había comienzo de la tentativa. Al igual que Vehling, justificó que no es socialmente adecuado llamar a una puerta armado y con máscaras en la cara. Similar posición desarrolla Jakobs, en tanto la acción de tentativa debe tomarse como unidad de sentido, en el contexto social que ocurre⁵².

Ahora bien, Alcácer Guirao critica que estos planteamientos son arbitrarios para definir cuándo la conducta se aparta de lo considerado *normal* en la sociedad. Agrega que las nociones de *riesgo permitido*, *rol social*, *adecuación al contexto social*, etc, poseen el mismo grado de abstracción que el *sentimiento de conmoción* de la teoría de la impresión. Cataloga que se trata de una versión retóricamente adornada de la clásica teoría *dolus ex re*, que invierte el proceso de determinación del injusto de la tentativa de lo objetivo a lo subjetivo. Señala que, al contrario, se debe comenzar por el subjetivo por no haber en la tentativa un resultado imputable. Si no se conoce la representación del o de la autor/a no puede subsumirse la conducta en el tipo legal. La determinación de su *significado* -según Alcácer- sólo puede lograrse teniendo en cuenta el aspecto interno. En efecto, advierte que Jakobs modificó su original postura del artículo *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico* (1985), donde postuló ir de lo objetivo a lo subjetivo⁵³, hacia una postura que contemple la *representación del o de la*

⁵² Posición de Vehling citada por Alcácer Guirao en *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 32-34. Vehling es partidario de la teoría de la impresión, pero en este planteamiento se acerca al funcionalismo de Jakobs y, por ende, a la teoría expresiva de la pena que aquél postula.

⁵³ Se trata de la ponencia presentada por Jakobs en el Congreso de penalistas alemanes en Frankfurt, en mayo de 1985, cuyo título original era "*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*". En líneas generales, tomando la traducción efectuada por Peñaranda Ramos, compilada en la publicación "*Moderna dogmática penal. Estudios compilados*", México, Ed. Porrúa (2006), Jakobs señalaba que el concepto de consumación es formal porque se orienta

autor/a como lo comunicativamente relevante. Rapara también que los criterios de Vehling llevan a prescindir de la vinculación del comportamiento al tipo legal, bastando que la acción sea un indicio de proximidad de la realización del tipo. Por lo cual, son extensibles los excesos y defectos de las teorías subjetivas y objetivas. Alcácer refuta a la idea de riesgo cubierto por el rol social que lo determinante es que la acción releve una realización típica próxima, que no pueda distanciarse de lo delictivo. Afirma que la problemática -en el fondo- es la sustitución del concepto de delito como lesión del bien jurídico por otro como el quebrantamiento de la vigencia de la norma⁵⁴.

Ahora bien, la opinión disidente de Alcácer acierta en la observación de que Jakobs profundizó sus ideas desde aquel paper de 1985. Teniendo en cuenta la multiplicidad de contextos que puede arrojar el rol de una persona en sus interacciones social, dado lo indeterminado que resulta para cualquier teoría definir los contornos del comienzo de ejecución, Jakobs desarrolló algunas directrices *positivas* (que afirman el comienzo de la tentativa, mutables por el contexto) y otras *negativas* (solo hay actos preparatorios). Estas directrices sirven para diferenciar e imputar.

VII.1.b.3.c.1.a. Directrices positivas sobre el comienzo de ejecución.

a la formulación del tipo. Indicaba que era materialmente inseguro determinar en términos generales qué es el estadio previo y más incierto por dónde discurre el límite entre la conducta previa y la que es legítimamente punible (pp. 391, 397-398). Luego de reparar sobre los inconvenientes político-criminales para un Estado de Derecho de cláusulas como la tentativa de participación en delitos graves (§§30 y 12, apartado 1º, StGB), advierte sobre las anticipaciones de la punibilidad a través de una tendencia a la subjetivación, denunciando que la concesión a la policía de la posibilidad de intervención amplía los límites de lo permitido para la represión, como en los delitos relativos a los estupefacientes (pp. 392-393). A esto agrega que la tendencia a anticipar la punibilidad en pos de la protección de bienes jurídicos convierte al autor en sujeto peligroso, en fuente de peligros y enemigo del bien jurídico, al que habría que combatir incluso desde sus pensamientos, a quien se lo termina despojando de su esfera privada (p. 393). A esto catalogó *Derecho penal de enemigos*. Frente a este modelo, Jakobs contrapuso su tesis de un derecho penal del ciudadano, donde el mero pensamiento o cualquier conducta dentro de los límites de la esfera privada no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común (p. 397). La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra y como cualquier otra conducta en el ámbito privado (p. 399). Jakobs intentaba desterrar la idea de la imposibilidad de renunciar a la vertiente subjetiva del hecho o de otros procesos internos, pues en estas -indicaba- subyace un erróneo entendimiento de la función que incumbe a lo interno en la interpretación del comportamiento social (pp. 399-400). De modo contrario a lo afirmado por Alcácer, Jakobs comprendía que el aspecto objetivo limita el Derecho penal de la culpabilidad para evitar la punición por tentativa con un dolo al que se añada una acción externa muy poco clara y no constituya una perturbación social perceptible (p. 400). Su planteamiento iba de lo objetivo a lo subjetivo: lo interno sólo está permitido para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores (pp. 402-403). ¿Qué es lo perturbador? Cuando el o la autor/a se introduce en una relación cuyo control ya no puede impedir, cuando se arroga la configuración de ámbitos de organización ajenos. A falta de esto, se mantiene aún en el ámbito de lo privado. Sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo interpretar su conducta a la luz de los factores internos (pp. 402 y 404). Jakobs se alejaba de la necesidad de interpretar subjetivamente la conducta de modo psicologicista (p. 405). Postulaba interpretar la conducta externa para hacer responsable a la persona de su contexto subjetivo (p. 407).

⁵⁴ Conf. Alcácer Guirao, *Tentativa y formas de autoría* (2001), pp. 35-40.

(A) *Cuando el o la autor/a realiza un comportamiento que no supone retardo o es socialmente normal ubicar la proximidad temporal de la acción ejecutiva sin interrupciones.* Por ejemplo, examinar la idoneidad del objeto para ejecutar en caso de resultado positivo la acción, o estar al acecho y ejecutar la acción cuando la víctima aparezca, aunque al final no se presente. El argumento de la proximidad temporal no es invertible si requiera un mayor lapso temporal para consumar el hecho planeado. Hay tentativa si comienza a actuar sobre el objeto del hecho⁵⁵. Por ejemplo, aplicar un soplete sobre una caja fuerte para robar el dinero reservado dentro de esta. Si existiesen interrupciones planeadas no habrá unidad del comportamiento. Por ejemplo, en el suministro de dosis de veneno de forma semanal, la tentativa de homicidio comenzaría con la primera dosis que pudiese ser letal (según Jakobs es discutible)⁵⁶.

(B) *La irrupción del o de la autor/a en la esfera de protección atacada*⁵⁷. La posición alcanzada mediante la penetración en la esfera de protección debe aprovecharse sin abandonada en el ínterin. Por ejemplo, la entrada clandestina en una factoría ajena para localizar cosas que al día siguiente va a sustraer con una nueva entrada. No es posible comenzar la tentativa en la vía pública si el contacto es común en la relación social (esfera con derecho a organización para cualquiera), o si la esfera se mantiene abierta por su titular para permitir el ingreso del público. Por ejemplo, un local comercial o la invitación a cenar a una casa. No obstante, este criterio no constituye un presupuesto imprescindible en los casos de consumación anticipada porque el suceso puede encontrarse aún en la esfera del o de la autor/a⁵⁸, o su actuación llegar hasta la tentativa acabada dentro de su esfera. Por ejemplo, quien dispara desde su balcón a un transeúnte. Sí la esfera de protección de la víctima no se ve afectada debe valorarse *si la acción comenzó a influir sobre el objeto*, salvo que no se encuentre *en inmediación temporal*. Por ejemplo, la tentativa de adulteración documental con el borrado de una parte del documento

⁵⁵ Aquí aplica la fórmula de Frank de la unidad natural del comportamiento.

⁵⁶ Conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 884-885 nm. 66-67.

⁵⁷ Sobre este particular concepto normativo podrían haber las mismas críticas formuladas en este capítulo, en el apartado 1.b.3.a.1. (ver p. 225).

⁵⁸ Cuando el resultado se produce antes del momento planeado (caso inverso al del *dolus generalis*) se denomina “consumación anticipada”. Aquí se produce el resultado con un primer acto fundamentador de una tentativa, aunque debería haberse producido mediante uno posterior, según lo representado. La doctrina finalista resuelve estos casos como delito consumado, porque comprende que hubo una desviación inesencial del curso causal acontecido que termina por realizar el original plan del hecho (conf. Bacigalupo, *Derecho Penal* (2016), pp. 332-333 nm. 639; Righi, *Derecho Penal* (2018), pp. 283-284, entre otros). Un sector minoritario postula un concurso real entre la tentativa inacabada y el homicidio imprudente, argumentando que de otro modo se cortaría prematuramente la posibilidad de desistimiento. A esta tesis se critica que sí el fracaso prematuro de la acción impide el desistimiento, también la provocación prematura del resultado. Roxin, por su parte, se inclina por imputar homicidio imprudente si el acto preparatorio provoca la consumación porque faltaría dolo de consumación para que concurra la acción ejecutiva, ya que no bastaría un *dolo antecedens* durante la fase preparatoria, previo a la ejecución (conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 453-454 y 502 nm. 75-76 y 165). Zaffaroni, siguiendo la tesis de la concreción del dolo, resuelve el caso por tentativa si existe comienzo de ejecución y se adelanta el resultado, excluyendo el concurso con el tipo imprudente, pues debe imputarse de acuerdo con el grado de concreción del plan del hecho (conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 415-416). Sobre la posibilidad de desistimiento en estos casos, ver Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 905 nm. 11, particularmente, notas 23 y 23a al pie.

auténtico es distinto a adulterar el documento que se utilizará para engañar. Esto último no constituye todavía una tentativa de estafa⁵⁹.

(C) *El o la autor/a da comienzo directamente a la realización de todo el tipo.* En los delitos de varias acciones la tentativa comienza con el último acto parcial que da comienzo a la secuencia completa de la acción. En caso de delitos cualificados debe dar comienzo directamente a la realización del delito base, a la cualificación o la agravación. La posición contraria exige la realización de cualquier elemento del tipo (inversión de la teoría formal). Jakobs disiente porque la tentativa de un delito cualificado o agravado es posible cuando esas circunstancias especiales sólo llegan a intentarse, estando intentado o consumado el delito base no agravado⁶⁰.

VII.1.b.3.c.1.b. Directrices negativas sobre el comienzo de ejecución.

(A) *Todo comportamiento que suponga retardo no es tentativa si el o la autor/a lo ejecuta con dolo de llevar a cabo inmediatamente después la acción ejecutiva.* Por ejemplo, irse a tomar un descanso. El comportamiento se encontraría tentado cuando la situación se aproxima a la consumación según su representación. La acción ejecutiva puede haber empezado y persistir la tentativa, aunque suponga retardo para la consumación. Por ejemplo, quien deja inconsciente a otra persona para luego privarla de libertad y pedir rescate a sus familiares por su liberación⁶¹.

(B) *Los comportamientos que salvaguardan los derechos o se ejercen de modo socialmente usual no constituyen tentativa, salvo que de acuerdo con el plan criminal hayan de ser propios de la acción ejecutiva.* Por ejemplo, dirigirse hacia el lugar del hecho o merodear el sitio, entrar en el almacén o al banco en horario de atención con la intención de robar sin indicios de esta, etc. Por otra parte, cuando está permitido el obrar que condiciona suficientemente el resultado, la tentativa comienza con el omitir consecutivo a la acción por la injerencia previa. Por ejemplo, quien conduce su vehículo a velocidad permitida hacia una

⁵⁹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 886-887 nm. 68-69.

⁶⁰ Ídem, pp. 887-888 nm. 70. Aclara Jakobs sobre la acción de engaño en la estafa que sí tras esta la víctima puede sufrir un daño al disponer patrimonialmente, sin intervención del o de la autor/a, el engaño es una tentativa acabada de estafa porque determina a contraer la obligación. Pero si este/a tiene que intervenir para conseguir la disposición patrimonial, constituirá tentativa si la disposición se va a efectuar de forma inmediata (ídem, nota 105 al pie de pp. 887-888).

⁶¹ Ídem, pp. 883-884 nm. 64.

curva, en cuyo andén ve caminando a su enemigo, y quiere que muera, la tentativa de homicidio comienza cuando omite girar en la curva y deja que el rodado se dirija hacia el peatón⁶².

VII.1.b.4. La consumación del delito y el agotamiento de sus efectos lesivos.

La completa ejecución de la tentativa punible se alcanza en la consumación, que equivale a la total realización de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal⁶³. La consecuencia sistemática más importante es que excluye el desistimiento.

Algunos autores ubican el agotamiento como una fase o instancia más donde se producen las consecuencias dañosas ulteriores del delito. Por ejemplo, en la privación ilegítima de la libertad⁶⁴ no hay agotamiento mientras se mantenga retenida a la víctima, dada la actualidad de la lesión del bien jurídico⁶⁵.

Se asignan al agotamiento consecuencias dogmáticas importantes de acuerdo al código argentino: 1°) la posibilidad de imputar complicidad a quienes aporten al hecho con posterioridad a la consumación (artículo 46); 2°) actuar en estado de necesidad justificante (artículo 34, inc. 3°), reaccionar en legítima defensa por quien es agredido/a (artículo 34, inc. 6°) o de un/a tercero/a (artículo 34, inc. 7°); 3°) cualificar el hecho con posterioridad a la consumación (agravantes)⁶⁶; 4°) fungir un concurso ideal o real con otro delito; y 5°) el comienzo del cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal⁶⁷.

VII.2. Las categorías de análisis de la conducta tentada.

A partir del comienzo de ejecución, el delito transcurre hacia la consumación. Durante el *iter criminis* se analiza la tentativa *acabada e inacabada*. A la última se le adscribe menor

⁶² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 884 nm. 65.

⁶³ La consumación es un concepto formal que no indica nada sobre la lesión del bien jurídico. Un delito está siempre consumado cuando se han realizado, en un contexto imputable, los elementos del tipo. La tentativa de delito comienza en el momento que describe el §22 StGB alemán (equivalente al artículo 42 del Código Penal argentino) es un estadio formal (conf. ídem, pp. 855-856 nm. 1g y 4).

⁶⁴ Conducta que está prevista y reprimida en el artículo 141 del Código Penal argentino.

⁶⁵ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 410. Jakobs denomina a esto *terminación material del delito*, englobando a la producción de aquellas consecuencias pretendidas que no tienen que estar realizadas para la consumación (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 859 nm. 12).

⁶⁶ Jakobs rechaza la terminación como base del delito. El comportamiento entre la consumación y la terminación por sí solo no es típico y tampoco cualificable. Para la cualificación depende de su punto de referencia, siempre la circunstancia haya estado condicionada antes de la consumación (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 859 nm. 12).

⁶⁷ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 410.

desvalor de acción y resultado en comparación a la primera⁶⁸. A su vez, estas se diferencian del delito frustrado⁶⁹ y del delito imposible⁷⁰ como categorías imperfectas de ejecución que excluyen la operatividad del desistimiento voluntario desde el comienzo. Esta categorización del grado de realización de la conducta influye sobre la tipicidad, los requisitos para el desistimiento⁷¹ y la individualización de la pena⁷².

Asimismo, la tentativa -desde una perspectiva *ex ante*- puede ser *idónea* en cuanto reviste posibilidades de lograr la consumación, o lucir *inidónea* como equivalente a delito imposible dada su improbabilidad cierta de lograr el resultado típico⁷³.

VII.2.a. La tentativa acabada.

El *iter criminis* usualmente se explica sobre el prototipo del delito doloso de resultado. En esta clase de comportamiento, conforme al plan, el o la autor/a hace u omite todo lo que considera necesario para alcanzar la consumación. Una vez finalizada su actuación, sólo resta que la causalidad opere la producción del resultado disvalioso, que puede no ocurrir por circunstancias ajenas o fortuitas a la intención de quien actúa. Por ejemplo, (A) coloca el artefacto explosivo debajo del automóvil de su enemigo (B) y acciona el programador para que se active pasado tres minutos. El dispositivo se detiene antes por falta de batería. En este caso podría apreciarse completo el dolo de realización típica, no así el tipo objetivo con relación al objeto penalmente tutelado. Por otro lado, en los delitos comisivos de mera actividad es posible la tentativa acabada cuando se ejecuta la acción en una situación objetivamente inapropiada. Por ejemplo, el testigo que presta juramento y declara datos falsos sin advertir que el Tribunal había ordenado una pausa en el testimonio sería un caso de tentativa inidónea acabada⁷⁴.

En efecto, las reglas de la tentativa acabada se aplican cuando, tras la ejecución de la acción, el o la autor/a cuenta con la posibilidad de que el resultado sobrevenga⁷⁵. Si *ex ante*

⁶⁸ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 397; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 856 nm. 4; Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 412, entre otros.

⁶⁹ En la doctrina y jurisprudencia alemana se conoce como *tentativa fracasada*.

⁷⁰ Término que la doctrina y jurisprudencia española utilizan -principalmente- para referir a la *tentativa inidónea*.

⁷¹ Conf. artículos 42 y 43 del Código Penal argentino.

⁷² Conf. artículo 41, inc. 1° *in fine*, del Código Penal argentino.

⁷³ No debe confundirse con la denominada tentativa irreal o supersticiosa.

⁷⁴ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 412; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 889 nm. 71.

⁷⁵ Roxin advierte que la ley no conoce los conceptos de tentativa inacabada y acabada, ya que las consecuencias sistemáticas se derivan de una interpretación teleológica de los términos *renunciar* y *evitar* (§24.I del StGB alemán; artículo 43 del Código Penal argentino o artículo 16.2. del Código Penal español). Ciertamente es que esta distinción no posee un contenido material que esté por encima del tenor legal, pero sirve para restringir los casos dudosos del texto legal. Aun así, esta crítica no impediría describir y desarrollar condiciones donde sí es posible desistir mediante renuncia para caracterizar la tentativa inacabada (conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 644-645 nm. 153 y ss.).

juzga -al menos con dolo eventual- que la consumación podría producirse sin ulterior actuación (idoneidad del resultado), tan pronto deja seguir la acción ejecutiva en el proceso causal, esta pasa a pertenecer al pasado. Ya no será posible desistir mediante medidas de evitación porque perdió el control del riesgo. De allí que el *omitir ulterior no constituye desistimiento* porque el proceso causal está fuera del ámbito de organización. Por tanto, un comportamiento exteriorizado no revocable que defrauda expectativas constituye ya un perjuicio social. El desistimiento no puede hacer que lo pasado no haya ocurrido. Este se tratará a lo sumo de un comportamiento posterior al hecho⁷⁶.

Ahora bien, al igual que para distinguir los actos preparatorios del comienzo de la ejecución, Jakobs aporta una serie de directrices en orden a diferenciar la tentativa acabada de la inacabada.

VII.2.a.1. Directrices sobre la tentativa acabada.

(A) *Debe existir proximidad temporal entre el final de la acción y la producción del resultado y la unidad del comportamiento de intervención.* Por ejemplo, arrojar a la víctima al agua con dolo de homicidio, según la representación del o de la autor/a, puede demorarse por el intento de flotar de la víctima. Debiendo evitar el resultado con una maniobra de salvación, lo omite.

(B) *Cuando ya ha tenido lugar la irrupción en la esfera de protección de la víctima.* Por ejemplo, el suministro de comida envenenada, que la víctima va a ingerir al día siguiente. No sería así el caso de preparar el veneno y ponerlo en la comida no implica comienzo de la ejecución por falta de irrupción en la esfera protegida⁷⁷.

(C) *El o la autor/a crean dolosamente el peligro, pero su conocimiento decae al momento de la pérdida de la posibilidad de revocación.* Jakobs aplica las reglas de la *actio libera in causa* para afirmar que hay tentativa acabada si fue consciente de esta posibilidad, de lo contrario responde por imprudencia⁷⁸. La solución de la atribución imprudente es controvertida

⁷⁶ En la tentativa acabada, Jakobs expresa que el o la autor/a están obligados a *evitar* el resultado por el comportamiento previo de acuerdo con las reglas de los delitos de omisión impropia dolosos (*injerencia*). Esto responde a que la tentativa fracasada es una exteriorización no revocable de un comportamiento que defrauda expectativas, que constituye un perjuicio social. Todo fracaso individual excluye el desistimiento desde el punto de vista objetivo. El cumplimiento del deber es una posibilidad válida mientras el hecho no produzca daño. Luego, un superávit meritorio subjetivo exigiría una aceptación interna del Derecho o arrepentimiento, un prevalecimiento de la moral esotérica del Derecho incompatible con la tentativa como suceso objetivo (conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 907 y ss. nm. 15-16 y 18; Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 665 y 673 nm. 211 y 239).

⁷⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 890 nm. 74.

⁷⁸ Ídem, pp. 890-891 nm. 74a. Se trata de la solución del error de tipo, trasladable a los casos de ceguera ante los hechos. La idea es que para responder por consumación es necesaria la realización del peligro percibido (ídem, nota 73 al pie p. 335 nm.

con relación a las consideraciones que el propio Jakobs efectúa sobre la creación de un peligro desaprobado. En efecto, quien cree un *curso causal suficiente* tiene conocimiento del riesgo (no permitido) de realización del tipo⁷⁹. Esta idea se complementa con otras sobre la diferenciación y justificación normativa del injusto doloso e imprudente. Sucintamente afirma que en la imprudencia falta el conocimiento de las consecuencias y la aceptabilidad no dilucidada de estas; en cambio, las consecuencias dolosas son aceptables, pues si no la persona no obraría. Por el contrario, la aceptabilidad de las consecuencias imprudentes permanece abierta en el instante del hecho. En la imprudencia el o la autor/a soporta un riesgo natural de poder resultar así mismo/a dañado/a u otra persona cuyo daño padecería como propio, lo que no es común en el dolo. Mientras la imprudencia no se nutra de un desinterés específico (ceguera ante los hechos), sino de una falta de atención no dirigida, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*. El riesgo de auto daño disminuye la importancia de esta frente al dolo⁸⁰.

En efecto, Jakobs sostiene que en el caso del conductor embriagado que, para abrirse camino, dirige su vehículo a toda velocidad hacia el policía que cierra el paso en la mitad de la calzada, habrá dolo de homicidio si la vida no le parece algo digno de consideración, pero concurrirá imprudencia si al menos piensa que quizá el agente policial se apartará demasiado tarde⁸¹. La solución de imprudencia para estos casos, y en general para supuestos en los que el grado de desarrollo del plan criminal llevó a la pérdida del control del dominio del riesgo, luce

33). La ceguera ante los hechos fue una expresión ya utilizada por Mezger. Una primera postura de Jakobs equipara la ceguera a la imprudencia -comportamiento descuidado- cuando al momento del último comportamiento el o la autor/a no pueden darse cuenta de la realización del tipo debido a que por la ceguera antecedente enjuician los hechos sobre una base errónea (ídem, pp. 313-315 nm. 5a-5b). Sin embargo, se desdecía sosteniendo que en la ceguera ante los hechos la falta de una imagen exacta de la situación, cuando se actúa antijurídicamente, puede que sólo se aclare de modo inculpatario (ídem, p. 325 nm. 21). Ahora bien, las consideraciones de Jakobs variaron con posterioridad para ubicar a la ceguera ante los hechos en aquellos supuestos donde el o la autor/a no adquiere los conocimientos necesarios para la toma de decisiones porque le resultan totalmente irrelevantes, habiendo decidido *a priori* llevar a cabo la conducta a pesar de carecer de estos. El desinterés por las consecuencias de actuar sin un mínimo de información (en la concepción de Pawlik se trataría de vulneración de *incumbencias de cuidado*, ver Capítulo IV apartado 3.b.3.3.a., pp. 100-101). En definitiva, se trata de la atribución dolosa de comportamientos peligrosos por la indiferencia voluntaria que la persona demuestra hacia la validez de la norma o el bien jurídico -según la concepción de injusto que predomine-. Jakobs argumenta normativamente a partir de la *exigencia de fidelidad jurídica*, perspectiva en la que la ceguera constituiría el indicio de la existencia de un déficit de esta (conf. Jakobs, *Dolus Malus* (2009), p. 5). Para Sancinetti se pretende que el o la autor/a no se desgrave fácilmente con sólo desconocer lo que sucede en su entorno, cuando cualquier otra persona en su lugar lo habría advertido. En esta construcción el concepto de dolo se co-define normativamente. Si afirmamos que obró con dolo es -también- un enjuiciamiento de lo que los demás estamos dispuestos a considerar desgravante. La medida en que se puede hacer esta adscripción es borrosa. En todo caso, siempre se fundará en una *representación efectiva*, un juicio normativo que considere a eso equivalente al dolo (conf. *Casos de Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 99). Sin embargo, Sancinetti coincidió con la primera concepción de Jakobs, indicando que los supuestos de ceguera deberían quedar comprendidos en la imprudencia en base al punto “a” del inciso 1º del artículo 34 del Código penal argentino (ignorancia de hecho no imputable), negando la solución dolosa por el concepto de dolo que puede construirse de la definición de tentativa del artículo 42 (conf. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa* (1995), nota 29 al pie p. 223).

⁷⁹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 315 nm. 6.

⁸⁰ Ídem, pp. 312-313 nm. 5. No obstante, advierte que es una argumentación circular afirmar que los costes de una mejora de la voluntad son menores que los de una mejora del conocimiento, que es falso desde el punto de vista empírico que la decisión simple de la voluntad sea en todo momento posible sin costes, y desde el punto de vista normativo precisamente los costes de una decisión de la voluntad constituyen el problema (ídem, p. 312 nm 5 y nota 8d al pie).

⁸¹ Ídem, p. 313 nm. 5a (caso del BGH, NStZ 1983, tomado de la cita).

incongruente con la propia noción de dolo que asume Jakobs: “*Conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*”, que depende de la ejecución de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma⁸².

La insatisfacción de la solución imprudente deriva, además, de algunas premisas con las cuales Jakobs caracteriza la atribución de dolo eventual o condicionado. En efecto, afirma que en la medida en que la persona persigue conscientemente con su actuación fines externos también debe haber querido algo en el suceder externo, al menos la ejecución, aunque las consecuencias (parte o todas) las haya percibido dependientes de ésta. Ejemplo: tras un robo, el ladrón dispara en la pierna del perseguidor para que no lo alcance. Luego se da cuenta que la lesión puede resultar mortal, aún sin querer la muerte. Sobre el restante conocimiento no es necesario haber reflexionado de las consecuencias⁸³⁻⁸⁴.

⁸² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 316 nm. 8. Asume una postura cercana a las teorías de la representación, atribuyendo normativamente la cualidad de haber sido realizado el comportamiento con conocimiento en sentido psíquico. En este sentido, señala que las teorías psicologistas (evitabilidad más fácil en el dolo) o eticistas (decisión de lesionar el bien) carecen de una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho penal para explicar por qué dentro de lo individualmente evitable se distingue entre dolo e imprudencia, conminando el dolo con pena superior (ídem, p. 312 nm 5). El §18 del StGB alemán atiende al conocimiento como hecho psíquico, por lo que presupuesto mínimo es que el o la autor/a tenga una imagen de con qué consecuencias actúa, si falta decae el dolo. La voluntad, determinación o dirección subjetiva hacia una meta no es esencial para el dolo (ídem, 319 nm. 13). Conforme el §16.1 del StGB alemán, la falta de conocimiento del tipo comporta imprudencia, sin tener en cuenta el motivo del déficit (ídem, p. 314 nm 5b).

⁸³ Ídem, pp. 316-317 nm. 9 y 11.

⁸⁴ El concepto vertido por Jakobs se relaciona con la imputación -sin consenso absoluto- de la *ignorancia deliberada*. Este modelo de atribución dolosa del comportamiento aplica para casos en los que, pese a colmar las exigencias del tipo objetivo, el o la autor/a incorporan en su estrategia criminal el rehuir de aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, siquiera por dolo eventual (conf. Ragués i Vallès, *Mejor no saber* (2013) p. 23 -definición dada en la STS español de 2-2-2009, ponente Marchena Gómez-; Huergo, *Nuevas tendencias en torno al dolo* (2019), p. 3). La ignorancia debe ser un medio para procurar beneficiarse con la pena inferior de la imprudencia o la impunidad. Pues bien, esta requiere tres elementos para ser equiparada al dolo -de acuerdo con la citada sentencia del TS español-: 1º) la sospecha inicial de la persona de que podía lesionar algún interés indeterminado, que no resultó ser un motivo para desistir, y la ausencia de representación suficiente de todos los elementos del tipo penal al momento de actuar (Jakobs aplica las reglas de la *actio libera in causa*). 2º) la disponibilidad de la información ignorada que la persona determinó desconocer de forma prolongada en el tiempo, de lo contrario habrá un error de tipo, y 3º) la motivación de procurarse la impunidad (conf. Huergo (2019), p. 3; Ragués (2013), pp. 23-24 y 33). Los casos de ignorancia deliberada se deben a un acto de indiferencia hacia el bien jurídico, que reclaman la misma necesidad de pena que casos de dolo eventual en sentido estricto y superior a la negligencia (conf. Ragués (2013), pp. 23 y 33; Huergo (2019), p. 5). El TS español rechazó esta figura en varios pronunciamientos. Por ejemplo, en la STS de 20/06/2006 (ponente Bacigalupo Zapater) se dijo que la propia idea de ignorancia deliberada no resulta ni idiomática ni conceptualmente adecuada, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que ignora (dolo). En las SSTS de 15/02/2011 y 05/04/2011 (ponente Martínez Arrieta) se achaca que no resulta adecuada a las exigencias del principio de culpabilidad y que puede ser utilizada para eludir la prueba del conocimiento o invertir la carga de la prueba (conf. Ragués (2013), p. 25). Las estructuras de imputación como la *ceguera ante los hechos* o la *ignorancia deliberada* no parecen presentar problemas insalvables de legalidad en ordenamientos como el argentino o el español para incluirlas dentro del concepto de dolo. Sí tienen inconvenientes para obtener una definición válida de dolo a partir del conocimiento, plantando la necesidad de un sistema de imputación subjetiva que no esté basado exclusivamente en la distinción entre dolo e imprudencia o, cuanto menos, revisar las consecuencias jurídicas de cada una para evitar problemas de proporcionalidad (conf. Ragués, cit., pp. 33-34; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), nota 44 al pie de p. 326). Ante este panorama, Greco ensaya un concepto de dolo puramente cognitivo, sin voluntad, con base en la teoría de la probabilidad (Herzberg, Puppe). En efecto, exige comprobar el conocimiento de la creación de un riesgo de tal dimensión que la producción del resultado pueda considerarse algo que domina la persona (aproximado a Pawlik en *El injusto del ciudadano* (2016), pp. 131-134). El conocimiento es el factor fundamental para que al o la autor/a le imputen haber actuado con dominio o control sobre aquello que estaba en función de realizar. Quien sabe lo que hace y lo que puede derivarse de su obrar, controla -en cierto sentido- lo que ejecuta y puede generarse. El conocimiento es necesario para la existencia de dominio sobre la realización del hecho. El dolo es conocimiento de que la ocurrencia del resultado es probable. Si genera dominio sobre la realización del hecho, se justifica una pena más severa por mayor necesidad de prevención y responsabilidad de quien actúa. En la *ceguera ante los hechos*, según Greco, no hay lugar para el dolo porque no existe dominio. Entiende que el argumento de la indiferencia de Jakobs no posee la misma gravedad del dolo como conocimiento psicológico que genera o presupone dominio (conf. *Dolo sin voluntad* (2017), pp. 18 y ss., 30-31).

(D) *La representación de la posibilidad de pérdida del control sobre la evitación de la consumación.* A criterio de Sancinetti, la tentativa acabada surge en aquel acto en el que el o la autor/a conforme al plan de acción cree haber dado el último paso para alcanzar el resultado, y se representa la posibilidad de pérdida del control sobre la evitación de la consumación. Toda conducta posterior, asimilable al desistimiento, es comportamiento posdelictivo genérico que incide en la pena⁸⁵. En terminología de Jakobs, la persona conserva la posibilidad de modificar el sentido de su actuar hasta la última decisión, luego nada revocaría.

Roxin tilda a estos argumentos de poco compatibles con el texto legal. Hace referencia al §24 del StGB alemán que excluye la punición por tentativa cuando se impide voluntariamente la consumación del hecho⁸⁶. Con base a la solución legal, Roxin sostiene que el desistimiento es reversión de la puesta en peligro, resolviendo así los casos de acciones ejecutivas iniciales sin éxito, susceptibles de repetición, cuando la persona renuncia voluntariamente a ulteriores esfuerzos para consumir y salva a la víctima. Sí la tentativa y la acción de salvamento son interpretadas como unidad, la evitación del resultado posterior en la tentativa acabada constituye un *hecho complejo no merecedor de pena*, no un comportamiento posdelictivo⁸⁷.

VII.2.b. La tentativa inacabada.

Desde el punto de vista del desistimiento, en la tentativa inacabada el o la autor/a no ha hecho aún todo lo necesario según su plan. Se representa o prevé que para lograr el resultado aún resta una actuación ulterior por su parte. Este todavía falta desde una perspectiva objetiva⁸⁸. Por ejemplo, (A) coloca la bomba debajo del automóvil de (B), pero todavía no la activa. La interrupción voluntaria de la ejecución cae bajo las previsiones del *desistimiento voluntario*. Siguiendo el ejemplo, (A) decide no accionar la bomba, retirándose del lugar.

Sancinetti define la tentativa inacabada como aquella que por sí sola no puede lograr la realización sin un nuevo acto ulterior, desde de la representación del o de la autor/a. Siguiendo a Struensee, postula que la tentativa inacabada opera como adelantamiento de la protección

⁸⁵ Conf. Sancinetti, *Dogmática del hecho punible...* (2003), p. 55.

⁸⁶ Con idéntico alcance el artículo 43 del Código Penal argentino.

⁸⁷ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 666-667 nm. 216 y ss. Jakobs adopta una posición contraria, con una argumentación restrictiva, indica que cualquier intento fracasado no admite modificación y toda omisión subsiguiente es comportamiento posterior al hecho, no revocación del sentido original (conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 902 y ss., nm. 9 y ss.; *El desistimiento como modificación...* (2006), pp. 528-529 y 538-542).

⁸⁸ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 412; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 643 nm. 152, p. 645 nm. 155, y p. 647 nm. 163. Jakobs señala que el peligro de resultado ha de ser analizado en función de la *idoneidad objetiva* en el momento de las actividades de desistimiento (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 906 nm. 14). La inidoneidad del resultado se pone de manifiesto cuando la conducta no pasa de ser sólo una tentativa.

legal. Sostiene que analógicamente es un delito mutilado de varios actos⁸⁹. En efecto, recordemos que Sancinetti postula que la norma penal se infringe en la tentativa acabada, en el último impulso de voluntad para la realización del plan (equivalente a la tradicional consumación). Frente a esta, caracteriza a la norma de la tentativa inacabada como otra mínima y derivada de la primera. Con base en estas dos normas, desde el comienzo de ejecución, relaciona estrictamente la noción de *dolo* con la de voluntad de realización actual en la tentativa inacabada, a la que le añade la voluntad de *perseverar* como intención interna trascendente restante del acto doloso ejecutado⁹⁰.

VII.2.c. Las perspectivas para distinguir la tentativa inacabada de la tentativa acabada o consumación. Regresión y conversión.

(A) proporciona dos cuchilladas en el abdomen de (B) con dolo eventual de matar y se detiene sin reparar si fueron mortales. (B) se salva sin intervención de (A)⁹¹. ¿Concorre una tentativa inacabada sí, actuando con dolo de matar, se detiene tras producir lesiones, sin reparar sobre las consecuencias de su actuación anterior?

El BGH alemán apreció que el caso se trataba de una tentativa acabada porque (A) consideró posible la producción del resultado. Roxin critica la solución, indicando que no podía contar con la posibilidad de producción del resultado. ¿Cómo debiera haber actuado (A) si hubiese planeado las consecuencias? Si resultasen visiblemente mortales las lesiones habría tentativa acabada, exigiéndose un auxilio activo. En cambio, si estima que la lesión no es mortal y que (B) sobrevivirá, concurriría una tentativa inacabada, siendo suficiente una detención voluntaria para desistir. Según Roxin, (A) no debe ser tratado/a peor que quien ligeramente

⁸⁹ Los *delitos mutilados de varios actos* parten de un contexto de sucesos objetivos desdoblados en varios actos, donde se mutila alguno de estos para el juicio de disvalor. La conducta típica es el medio para la realización una segunda acción o la parte segunda de esta. El o la autor/a realiza una conducta como paso previo para otra posterior incluida dentro del plan. El delito debe completarse con el segundo acto, pero para tipificar la conducta es suficiente la realización del primero. En caso de producirse el segundo operarán las reglas del concurso de delitos. El delito está formalmente consumado aun cuando en relación con la lesión del bien no haya habido tentativa acabada. Estructural y materialmente constituye una tentativa inacabada o un acto preparatorio. Ahora bien, estos se diferencian de los *tipos penales de resultado cortado*, porque el tipo se consume con la acción que se realiza con la ultrafinalidad de otro hecho (típico o no) que debe producirse después sin su intervención. El resultado querido se muestra cortado, no hay congruencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Por ejemplo, el cohecho activo - art. 258 del Código Penal argentino- el ofrecimiento de dinero al funcionario público para obtener un acto de su función consume el tipo penal pero la ultrafinalidad (obtener el acto irregular del funcionario público) no depende del actuar del o de la autor/a (conf. Gómez Urso, Facundo, *Tipicidad penal* (2005), pp. 181-182; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 215 nm. 93 y pp. 370-371 nm. 89-90).

⁹⁰ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 420 y ss. Para más detalles, ver Capítulos III apartado 5.a. (pp. 31-36) y Capítulo V apartado 2.d. (pp. 140-144).

⁹¹ Caso resuelto por BGHSt 40, 304, citado por Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 650 nm. 169.

confía en la evitación del resultado y puede desistir con su detención. Si obra con dolo eventual habría que examinar si alcanzó sus objetivos⁹².

Vinculado con lo anterior, se plantea la posibilidad de una *regresión* desde una tentativa acabada hacia otra inacabada y de *conversión* de la última a la primera. Para la regresión, Roxin cita los precedentes del superior tribunal alemán donde los de autores acuchillan a la víctima con dolo de matar, creyendo que las heridas son mortales esperan el resultado, pero advierten que no logran causarlo, absteniéndose de continuar lesionando⁹³. Objetivamente falta más, no obstante, subjetivamente creen haber hecho todo (tentativa acabada). Al tomar conciencia de que no era así, se abstenían de continuar. A criterio de Roxin estos son supuestos de regresión hacia una tentativa inacabada. En cambio, cita otro precedente del superior tribunal alemán para el supuesto de *conversión*, donde una persona enfadada que clavó un cuchillo en el pecho de la víctima con dolo eventual de matar, que creyendo no mortal la herida renunció a continuar. Luego, ve que el herido se agarra el pecho, tambalea y cae al suelo⁹⁴. Inicialmente creyó que no podía producir el resultado, pero cuando advirtió que sí había probabilidad sólo puede desistir mediante acciones activas de salvación. Por ejemplo, el traslado de la víctima al hospital. Para el resto de los casos la mera renuncia basta para desistir, empero las lesiones causadas son punibles por sí mismas. Discutibles son los casos en que la persona ejecuta acciones, a su juicio que pueden o podrían producir la consumación, al mismo tiempo que existen posibilidades de continuar actuando. Por ejemplo, con dolo de homicidio dispara y yerra en el primer intento (de varios posibles), le quedan cinco balas en el cargador, pero no sabe si acertó y se produjo la muerte. Sin embargo, desiste de seguir disparando⁹⁵.

Para abordar este tipo de casos existen dos posiciones teóricas opuestas: la perspectiva global y la perspectiva individual⁹⁶. En efecto, la *perspectiva global* enfoca sobre el plan del hecho para identificar el peligro de resultado y atribuir la tentativa acabada. El mero abandono constituye desistimiento siempre que el o la autor/a pretendan más acciones, fundamentando una relación de continuación propia de la *tentativa inacabada*. En cambio, sí el plan sólo incluida una única acción se descarta el desistimiento por el abandono, ya que hay imposibilidad

⁹² Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 650-651 nm. 169 y ss. Sobre la posibilidad de desistimiento de la acción cuyos objetivos fueron alcanzados, siendo aún posible fácticamente la consumación, ver Capítulo VI apartado 3.b.4., pp. 196-198.

⁹³ BGHSt 36, 224, y BGH NStZ 1999, 449.

⁹⁴ BGHS NStZ 1998, 614.

⁹⁵ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 648-649 nm. 163 y ss. Sí la lesión es adecuada para causar el resultado se debe exigir únicamente la evitación de la consumación. La importancia práctica para los casos de homicidio es reconocer el desistimiento voluntario si el o la autor/a auxilian a la víctima -generalmente, haciendo intervenir a un médico- y aquella sobrevive.

⁹⁶ Estas posturas gravitan especialmente para el desistimiento en acciones ejecutivas que aún no han tenido éxito, pero que son susceptibles de repetirse con vistas a producir el resultado (ver desarrollo específico en Capítulo VI apartado 4.b.5., p. 208).

de seguir actuando (*tentativa acabada fracasada*)⁹⁷. Al contrario, la perspectiva individual hace depender la solución del aspecto subjetivo, no de la continuidad objetiva de la acción. En efecto, se trataría de una *tentativa acabada* cuando el o la autor/a conocen las circunstancias reales sobre la producción del resultado, imposibilitando el desistimiento (*tentativa fracasada*)⁹⁸. Jakobs sigue esta última posición, criticando a la solución de la perspectiva global que permite que a la tentativa acabada le pueda seguir una tentativa inacabada, lo cual es axiológicamente cuestionable⁹⁹.

VII.2.d. La tentativa idónea.

Caracteriza a la tentativa idónea la acción que, de acuerdo con las circunstancias, *ex ante* puede llegar a consumir el resultado mediante un juicio de probabilidad. Este tipo de tentativa es siempre punible. Por ejemplo, la víctima es envenenada con raticida y necesita atención hospitalaria. En cambio, algunas tentativas inidóneas no lo son de acuerdo con el artículo 44 *in fine* del Código Penal argentino. Conforme el texto legal, una buena manera de confirmar que la tentativa es idónea sería mediante un *argumento a contrario* con la tentativa inidónea¹⁰⁰. Toda tentativa que no responda a las características de lo inidóneo será, a contrario, idónea. El artículo 42 del Código Penal argentino establece el supuesto normativo del comienzo de ejecución, mientras que el artículo 44, último párrafo, dispone cuando *el delito fuera imposible* que la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente¹⁰¹. El código argentino no establece parámetros de interpretación de las cualidades normativas que debe revestir el injusto penal de la tentativa idónea. Al contrario, de esto expresamente el artículo 16, inciso 1º, del Código Penal español se ocupa con la fórmula *actos que objetivamente deberían producir el resultado*. Este

⁹⁷ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 906 nm. 14 y notas 24-25 al pie; Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 654-655 nm. 180-183.

⁹⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 653 nm. 178-179.

⁹⁹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 906 nm. 14, y notas 24-25 al pie. Esta crítica hace referencia al supuesto de regresión que sostiene Roxin (conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 648-649 nm. 163 y ss.).

¹⁰⁰ Este tipo de argumento justifica excluir la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por una norma para un determinado supuesto de hecho a otros supuestos diferentes, lo que sirve cuando el supuesto a resolver no se encuentre previsto expresamente por ninguna norma del sistema (lagunas normativas).

¹⁰¹ El artículo 44 *in fine* es similar al §23.III del StGB alemán. Aquel regula las consecuencias de la tentativa por burda incompreensión: "Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional". La mayoría de la doctrina también asocia al 23.III del StGB con la regulación de la tentativa irreal o supersticiosa (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 357-358 nm. 65a., 864 nm. 22 y 872 nm. 36; Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 562 y ss. nm. 363 y ss.; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 95-97; Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal* (2002), pp. 481-482; Righi, *Derecho Penal* (2018), pp. 539-540, entre otros).

último utiliza el condicionante *objetivamente* en referencia a la peligrosidad de la acción ejecutiva. Por esta situación, en el código argentino existiría una laguna normativa en cuanto a qué debería ser definido como tentativa idónea, que puede ser subsanada con el argumento propuesto.

Ahora bien, el injusto de la tentativa idónea vendrá determinado por lo que se interprete sobre su legitimidad punitiva. Desde el punto de vista comunicativo, Jakobs asocia la idoneidad con la racionalidad de la representación puesta de manifiesto en un dolo referido a los elementos típicos del delito en cuestión. Los comportamientos putativos y supersticiosos no serían tentativas en sentido jurídico-penal por falta del dolo típico. Particularmente, todo aquello irrelevante por falta de dolo de tipo es directamente delito putativo¹⁰².

Tampoco se puede perder de vista la trascendencia de la categoría en la determinación de la pena. El peso está en la racionalidad de la representación del o de la autor/a, siendo indiferentes los errores que no menoscaban aquella. Por ejemplo, quien intenta matar puede equivocarse sobre la existencia de balas en el cargador al momento de gatillar. No influye en la valoración de la racionalidad comunicativa de lo planificado si el medio o el objeto existían supuestamente o se encontraban en otro lugar. Por ejemplo, quien va a disparar a una persona que cree reposa en la cama y descubre que se trataba de un maniquí asume un plan racional. Igualmente, si el tipo penal requiere actuar contra la voluntad de la víctima, cuando el o la autor/a desconoce su consentimiento, persiste la idoneidad subjetiva de la conducta intentada¹⁰³.

VII.2.e. La tentativa inidónea (o delito imposible).

La tentativa es *inidónea* cuando la persona, conforme a su representación, comenzó la ejecución de un delito determinado, pero en ninguna circunstancia podría alcanzar la consumación. Con base a un pronóstico *ex ante*, la acción nunca hubiera podido consumar el

¹⁰² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 872 nm. 36. La representación del o de la autor/a no tiene que abarcar el carácter prohibido de la acción. Se circunscribe al conocimiento de los elementos del tipo penal. El §17 del StGB alemán prevé específicamente el tratamiento del error en el conocimiento de la prohibición. Asociado a esto, el artículo 34, inciso 1º, del código argentino resulta una regla de imputación sobre el conocimiento de la prohibición, aunque no categórica, puesto que el precepto contiene una referencia expresa al «*momento del hecho*». Pareciera que el legislador argentino exige conjuntamente la representación de los elementos del tipo y de la prohibición de la conducta en un mismo momento: al comienzo de la ejecución de la acción. Ahora bien, un delito putativo se configura cuando la persona se representa erróneamente que un comportamiento permitido está prohibido. Cree intentar algo penalmente no relevante por falta de tipo. Por regla es impune. De este modo, la relación entre tentativa, dolo y delito putativo se explica -por Jakobs- por un principio de inversión: *dolo de tipo* en caso de conocimiento acertado y *tentativa* en caso de suposición errónea; *consciencia del injusto* si hay conocimiento acertado de la prohibición y *delito putativo* frente a una suposición errónea. No obstante, la delimitación entre tentativa y delito putativo se ubica en el límite entre tipo y prohibición, tocante especialmente en los elementos normativos del tipo y los deberes especiales, cuya representación errónea fundamenta una tentativa (*ídem*, pp. 874 y 879 nm. 38 y 52).

¹⁰³ *Ídem*, pp. 872-873 nm. 36 y notas 56a.-57 al pie.

resultado típico. Por ejemplo, el o la autor/a utiliza una dosis mínima e insuficiente de raticida, que sólo causa en la víctima malestar estomacal por 48 horas.

El último párrafo del art. 44 del Cód. Penal argentino no ofrece una definición de tentativa inidónea, sino que se limita a establecer las consecuencias de su punición mediante el establecimiento de un marco penal reducido, hasta la posible exención de pena. En principio, la tentativa inidónea o delito imposible es punible, pero excepcionalmente se puede eximir de pena. Se trata de una pena y no de una medida de seguridad, ya que la sanción está condicionada al comienzo de ejecución y al grado de culpabilidad expresado en términos de peligrosidad personal. En efecto, no debería interpretarse que el grado de peligrosidad revelada por el delincuente (art. 44 *in fine*) sea lo que otorgue sentido a la punibilidad. El fundamento de este injusto es siempre la culpabilidad y la peligrosidad podrá evaluarse restringidamente en clave de prevención. La inexistencia de peligrosidad faculta a *reducir* la pena al mínimo legal o *eximir* de esta. En este último supuesto, aunque se acredite peligrosidad, se debe absolver si no concurren otros presupuestos de punibilidad¹⁰⁴. La consecuente aplicación o eximición de pena, según el texto legal vigente, está sujeta a la libre apreciación judicial sobre la ponderación de circunstancias del hecho y la peligrosidad personal. Esto último no debe evaluarse únicamente desde la psiquis. La supuesta peligrosidad debe considerar lo personal de quien llevó a cabo el acto y el hecho mismo. La delimitación entre los tipos de tentativa es importante, ya que el tratamiento de la tentativa inidónea o delito imposible convierte a la *peligrosidad* en una categoría librada a la discrecionalidad judicial¹⁰⁵.

En efecto, la tentativa inidónea es punible por la racionalidad del plan que se expresa en la ejecución de una acción concreta, la cual nunca podría producir el resultado. Pero esa base no permite negar la posibilidad de desistir y la impunidad consiguiente. Ello será posible mientras el o la autor/a no haya tomado conocimiento de la inidoneidad del hecho y considere que aún es probable la consumación¹⁰⁶. Existe la posibilidad de aplicar las consecuencias del desistimiento voluntario haciendo una *analogía in bonam partem*, al estilo de las cláusulas del

¹⁰⁴ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 427.

¹⁰⁵ Los operadores judiciales excluyen o disminuyen la responsabilidad en una tentativa inidónea basándose en el principio de lesividad, fundamentando que el bien jurídico nunca estuvo bajo efectivo peligro porque la inidoneidad del medio o del objeto se presentó *ex ante*. Es decir, el error ínsito en el plan criminal desde el inicio nunca permitiría haber consumado el hecho propuesto (SCJ Mza., “F. c/ Duarte Actis Verónica Patricia p/ Hurto simple en grado de tentativa p/ Recurso Ext. De Casación”, CUIJ: 13-03866214-1/1 ((011206-45760)), 01/11/2017). En el fallo citado se trató la sustracción en el interior de un hipermercado de bienes de cuidado personal que una cliente introdujo en su cartera con el empleo de su hermana menor de edad. Esta mujer fue aprehendida en la salida del comercio. El fallo consideró que el modo en que la imputada diseñó su plan para sustraer bienes del establecimiento comercial constituyó una poco sensata manera de cometer un delito contra la propiedad, destacándose que fueron tomados de una góndola a simple vista, en un local con seguridad privada y registros fílmicos que aumentaban sustancialmente el riesgo de fracaso, todo lo cual configuró *ex ante* una tentativa inidónea de hurto, porque nunca pudo generar un peligro de consumación del delito. Su ejecución estaba destinada al fracaso desde el inicio. Aclara el juez que esto no afecta el carácter de injusto de la conducta, sino que sólo repercute en la individualización de la pena (voto del Dr. Omar A. Palermo).

¹⁰⁶ Conf. Righi, *Derecho Penal* (2018), p. 546; Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 157 y 166-167, entre otros.

§24.I.2 del StGB alemán y del artículo 16.3 del Código Penal español. Es decir, podría permitirse la renuncia del o de la autor/a expresada en un esfuerzo serio y voluntario de intentar evitar el resultado, condicionado a un juicio hipotético sobre si el esfuerzo por revocar hubiera podido evitar el resultado de haber sido la tentativa idónea. Se debe comprobar una actuación contraria al plan racional del o de la interviniente.

VII.2.f. La tentativa fracasada.

La dogmática alemana y española utilizan el concepto de *tentativa fracasada* para distinguir en relación con la tentativa inidónea aquellos supuestos donde la persona no puede desistir. En efecto, la tentativa inidónea es susceptible de renuncia ya que se puede modificar el sentido del hecho, siempre y cuando no se conozca la inidoneidad operante. Al contrario, la tentativa fracasada es una tentativa subjetivamente inalcanzable, aunque puede ser objetivamente idónea, cuando quien actúa no se representa alternativas para continuar. Es decir, si cree que el resultado es de imposible realización, o directamente este no reviste una puesta en peligro objetiva, ni en la representación de quien actúa. Por ejemplo, se resigna a continuar agrediendo luego de disparar la única bala tenía cargada sin alcanzar a la víctima, a pesar de disponer de otras cinco más para cargar y disparar; o quien deja caer el revólver creyendo erróneamente que no tiene balas en la recámara para disparar; o quien mete la mano en el bolsillo ajeno y lo encuentra vacío¹⁰⁷.

Para la doctrina y jurisprudencia alemana la tentativa fracasada no quedaría abarcada en el §24.I.1 del StGB alemán, que establece que hay *tentativa inacabada* cuando el autor no ha realizado todavía o no cree haber realizado todo lo que según se representación del hecho es necesario para la consumación, mientras que la tentativa es *acabada* cuando ha hecho todo o cree haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir el resultado¹⁰⁸. Lo decisivo en la tentativa fracasada es la representación de no poder consumir el tipo penal. Roxin además agrega que la reversión exigible debe estar en la representación de quien actúa. Si el resultado no se puede lograr no puede haber motivación para esforzarse en impedirlo, entonces *fracasa* la tentativa¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 151; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 605 nm. 34 y ss., entre otros.

¹⁰⁸ En nuestro Código Penal no contamos con una disposición similar. La cuestión es determinar si prevalece la perspectiva de quién actúa o un punto de vista objetivo (tercero observador) para definir cuándo la ejecución llega a su fin.

¹⁰⁹ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 619-620 nm. 82 y 85. Jakobs sostiene expresa que se excluye el desistimiento por pérdida de las alternativas de consumir o desistir. Quien fracasa prematuramente experimenta menos situaciones de desistimiento que quien realiza con éxito la acción ejecutiva (conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 902 nm. 9).

Un sector de la dogmática alemana (v.gr. *Heckler, Gössel, Baumann*) rechaza esta categoría, afirmando se trata de tentativas no susceptibles de desistimiento o de desistimiento involuntario¹¹⁰. No obstante, equiparan la tentativa fracasada a los casos de tentativas que alcanzaron sus objetivos, excluyéndose siempre el desistimiento. En efecto, cuando el o la interviniente cree que no pueden lograr la realización concreta de su plan, no renuncia ni vuelve atrás, sino que acepta la imposibilidad de la consumación. Por ejemplo, el ladrón es golpeado por la víctima, perdiendo el conocimiento. No abandonó la tentativa, sino que fracasó en esta. De manera que se agrupa dentro de la *tentativa fracasada* a todas aquellas que no pueden ser consumadas, ni abandonadas por imposibilidad real o supuesta, que apareja la exclusión de la renuncia o evitación¹¹¹.

Ahora bien, si el comportamiento de tentativa cabe dividirlo en varias acciones, cada una por sí adecuada para el resultado, puede estar *fracasada en parte* cuando no se hayan producido los plenos efectos según la representación del o de la autor/a. En este supuesto, la evitación de la consumación no libera de responsabilidad sobre lo propuesto (sea más leve o más tarde). Por ejemplo, quien yerra el primer disparo, pero acierta el segundo con posible resultado mortal, seguidamente llama al médico para que salve a la víctima. El primer intento convirtió en fracasada (objetivamente) a la tentativa. La evitación no puede generar la impunidad de la tentativa en su totalidad¹¹².

Para establecer cuándo la tentativa está fracasada existen varios criterios. Por ejemplo, la fórmula de Frank indica que en la tentativa fracasada la persona se dice así misma: *no puedo alcanzar el objetivo, aunque quiera*¹¹³. Otro criterio lo aporta *Roxin*, indicando que cuando quien actúa cree que la realización del tipo penal está excluida, es desistimiento involuntario si no hay seguridad y renuncia a continuar. Quien sabe que no puede continuar actuando no necesita formar una decisión de no seguir adelante. Por ejemplo, si el ladrón que encuentra vacía la caja fuerte es imposible decidir abstenerse del apoderamiento del dinero. Sin embargo, si podrá renunciar a *acciones ulteriores inútiles*, lo que no significaría renuncia en una situación era inadecuada para el fin perseguido¹¹⁴.

¹¹⁰ Conf. *Roxin, Derecho Penal* (2014), p. 619 nm. 81.

¹¹¹ Ídem, pp. 618 nm. 77-78. En esta categoría no reviste interés la distinción de tentativa acabada e inacabada. De otra opinión es Núñez Paz, quien sostiene -con arreglo al artículo 16 del Código Penal español- que, si la persona considera que ha realizado el delito, pero objetivamente no lo consuma, habría una tentativa inacabada, debiéndose tener en cuenta el plan criminal para saber si ejecución ha terminado o depende de la actuación de otro/a (conf. *El delito intentado* (2003), pp. 157 y ss.).

¹¹² Conf. *Jakobs, Derecho Penal* (1997), p. 910 nm. 19.

¹¹³ Esta fórmula, originariamente, había sido concebida para el desistimiento involuntario (ver capítulo VI apartado 4.a.1., pp. 201).

¹¹⁴ Conf. *Roxin, Derecho Penal* (2014), pp. 618-619 y 622 nm. 80 y 88. Núñez Paz señala que quien se convence de que no puede lograr el resultado ha fracasado porque no puede abandonarse un resultado imposible (conf. *El delito intentado* (2003), p. 157).

VII.2.f.1. Acciones ejecutivas sin éxito susceptibles de repetición.

Acerca de los casos de acciones ejecutivas sin éxito, susceptibles de repetirse con vistas a producir el resultado, se discute si es posible el desistimiento mediante su encasillamiento como una tentativa fracasada o una la tentativa inacabada. La cuestión es si la acción fallida genera una *tentativa fracasada* que impide volver atrás, incluso renunciando voluntariamente a seguir obrando o, por el contrario, si debe ser tomada como una *tentativa unitaria* y la persona puede voluntariamente abstenerse de continuar. Se han articulado una serie de teorías para aportar respuestas posibles a la problemática que -según Roxin- pueden agruparse en la *teoría del plan delictivo*, la *teoría del acto individual*, la *teoría de la perspectiva global* y la variante de la *teoría modificada de Roxin*, y las *teorías intermedias*. En cinco supuestos prácticos, Roxin analiza estas teorías.

1°) *La petaca*¹¹⁵: (A) le pidió retomar la relación a su ex novia (B). Ante la negativa, (A) golpeó con una petaca en la cabeza de (B) con intención de matarla. El resultado no se logró debido a que no pudo golpear con suficiente fuerza. Seguidamente, (A) pasó a estrangular a (B) hasta que quedó inconsciente. Finalmente (A) se alejó y (B) sobrevivió. El tribunal alemán resolvió el caso como desistimiento voluntario de (A).

2°) *Baño de gasolina*¹¹⁶: (A) quería matar a su mujer (B) porque quería divorciarse. La roció con gasolina e intentó incendiar su cuerpo. No lo logró porque (B) corrió hacia el jardín. (A) la capturó y trasladó al sótano, donde comenzó a estrangularla, hasta que se alejó. El tribunal alemán, al igual que el caso de la petaca, resolvió que hubo desistimiento voluntario de (A).

3°) *Estrangulamiento a la parea de la ex pareja*¹¹⁷: (A) intentó atropellar a (B) -nueva pareja de su antigua pareja-. (B) lo esquivó. Entonces, (A) se arrojó sobre (B) y con ambas manos intentó su estrangulamiento hasta que (B) se desmayó. Pero (A) se dejó convencer y se detuvo. El tribunal alemán apreció una tentativa de homicidio desistida por (A).

4°) *Disparo en la sien* (BGHSt 33, 295, 301): (A) pretendía castigar a (B). Para eso disparó en su sien, a corta distancia. El proyectil atravesó las partes blandas del ojo y la ceja derecha de (B). Por eso, (B) dijo a (A) algo que entendió como ‘mierda’. (A) respondió diciendo ‘que se arreglaría el asunto’ y abandonó el lugar, con la pistola cargada, la que podría haber

¹¹⁵ Conf. BGHSt 10, 129 -1982-.

¹¹⁶ Conf. BGH NSTZ 1986, 265.

¹¹⁷ Conf. BGHSt 34, 53.

accionado para matar. (B) sobrevivió, pero perdió su ojo derecho. El tribunal alemán apreció que existía una tentativa acabada desistida porque (A) prescindió de la consumación, que aún resultaba posible, aunque había alcanzado su objetivo.

5º) *Cuchillada en la nuca*¹¹⁸: (A) clavó un cuchillo de hoja larga y aguda, en la nuca de (B), desde atrás, que penetró siete centímetros. Lo dejó clavado en el cuello. (B) se lo quitó, sangrando profusamente. (A) desapareció corriendo.

VII.2.f.1.a. La teoría del plan delictivo.

Esta teoría analiza si el plan se dirigía a causar el resultado a través de un determinado medio. Por ejemplo, matar con la petaca. Si fracasó con el medio el desistimiento deja de ser posible, convirtiéndose en delito fracasado. El paso a un nuevo medio sería un nuevo plan, un nuevo hecho, y el desistimiento no abarca a la tentativa anterior fracasada. Por el contrario, si la persona no se autolimitó a un medio en particular, si no que sólo eligió uno a su alcance, por azar, el fracaso con uno y el intento con otro debe valorarse como una única acción. Si luego la abandona se considera desistida la tentativa. Por ejemplo, se abstiene de estrangular a la víctima. Vale decir, podría desistir quien desde el principio no ha planificado el número necesario de actos para consumar el plan o no incorporó la previsión de varias acciones. El caso de la petaca fue resuelto con estos argumentos¹¹⁹.

Esta teoría ha sido criticada en tres aspectos. Uno de ellos es que político-criminalmente carece de sentido negar el desistimiento a quien inicialmente cree poder alcanzar su objetivo con un acto individualizado, generando un tratamiento diferente -no justificado- en cuanto a la necesidad de pena. Jurídicamente es incongruente hacer depender la solución de la representación *ex ante* del primer acto y en parte al concluir este. Se debería optar por valorar la representación *ex ante* (teoría del acto individual) o *ex post* (teoría de la perspectiva global). Procesalmente, la solución depende de las explicaciones que dé el o la autor/a, que resultan imposibles de comprobar, permitiendo mayor impunidad¹²⁰.

¹¹⁸ Conf. BGHSt 35, 90.

¹¹⁹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 652-653 nm. 177.

¹²⁰ Ídem, p. 661 nm. 201.

VII.2.f.1.b. La teoría del acto individual.

Según esta teoría cada acto que la persona considere adecuado para causar el resultado constituye una tentativa autónoma, cuyo fracaso la convierte en una tentativa fracasada de la que no puede desistir. Así resuelve el caso de la petaca.

Un planteo similar se encuentra en la *teoría modificada del acto individual*. En efecto, considera fracasado a el acto individual que se independiza completamente del suceso cuando aparece para el o la autor/a como *no dominable*. Sin embargo, contempla la posibilidad de desistir si la persona cree todavía poder detener el suceso. Por ejemplo, el veneno está mezclado con la comida, pero aún puede avisar a la víctima antes de que empiece a comer¹²¹.

Jakobs es partidario de la *teoría del acto individual*. Según este, la tentativa está fracasada cuando la persona ha perdido sus alternativas de desistir o consumir. En disidencia con Roxin, entiende que hay *tentativa inacabada fracasada* si aún no ha ejecutado ninguna acción que, a juicio de quien actúa, pudiera producir el resultado. No obstante, admite el desistimiento si la parte fracasada es reemplazable y tiene la persona a su disposición una posibilidad de repetición con probabilidad de resultado igual o mayor a del acto fracasado. En este caso, lo fracasado y la repetición forman un único comportamiento delictivo. Por ejemplo, el tirador desiste cuando pierde a la víctima de la mira, aunque podría volver a apuntar con las mismas posibilidades si aquella no se alejó demasiado. Si la parte fracasada ya no se puede alterar (v. gr., la víctima se aleja del radio de disparo), la renuncia no excluye de responsabilidad. Ahora bien, en los casos de *tentativa acabada fracasada* es posible un abandono voluntario del hecho mediante un *esfuerzo serio* por evitar si la persona desconoce el fracaso de su actuar y emplea un medio que tiene por seriamente seguro. Es decir, debe *ex ante* verificar la perspectiva de éxito para evitar la realización del tipo y dar comienzo directamente a esta. De lo contrario, quedaría un elemento aleatorio, incompatible con la exigencia de emplear todo lo disponible. Se exige que no haya ejecutado ninguna acción que -a su juicio- podría producir ineluctablemente el resultado. Por ejemplo, (A) regresa con un vehículo para auxiliar a (B), pero descubre que (B) ya había recibido un auxilio eficaz. (A) no dio comienzo directo a la evitación. Por eso, subsiste una *tentativa acabada fracasada*. También es posible el *desistimiento parcial* como en la tentativa inacabada¹²².

¹²¹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 653-654 nm. 178-179.

¹²² Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), pp. 902-903 y 913 nm. 9a.-10 y 22. Para Jakobs, los esfuerzos serios sólo son aquellos comunicativamente relevantes (ídem). En cuanto al desistimiento parcial en la tentativa inacabada (ver Capítulo VI apartado 3.a., pp. 189-190).

Se resalta la conexión de la teoría del acto individual con los fines de la pena. Cuando en el primer acto, por azar, se pierde el control del suceso (v. gr., el caso del golpe con la petaca, el intento de atropello, etc.), se causa ya una perturbación social grave que no puede ser eliminada por la omisión de ulteriores acciones. Desde una perspectiva de prevención general existe necesidad de pena. También desde el punto de vista de la prevención especial. Sin embargo, estos casos se distinguen de los supuestos de desistimiento en la tentativa inacabada, pues en aquel se omite realizar el primer acto, en cambio en la tentativa fracasada se causa una perturbación social relevante con cierta peligrosidad. No obstante, estos supuestos no se ubican en el horizonte de la tentativa fracasada, toda vez que -objetivamente- aún se puede provocar el resultado con más intentos. Si renuncia voluntariamente revierte el peligro y reduce las necesidades preventivas -especial y general- de pena. Esta constelación se ubica entre la renuncia a un curso causal todavía dominable y el fracaso definitivo. A pesar de esto, según Roxin, la teoría del acto individual fracasa por las disposiciones legales (refiriéndose al §24.I del StGB alemán). Afirma que no puede haber diferencia entre quien debe esforzarse por impedir el resultado y quien renuncia a seguir actuando ante un acto fallido, pero cuenta con posibilidades de causar el resultado. Roxin critica que maneja un concepto de *hecho* distinto en la tentativa y en la consumación, puesto que -según esta teoría- si llega a la consumación se considera un *hecho unitario*, no varias tentativas fracasadas con un hecho consumado. Por ejemplo, mata en el tercer disparo. Pero si queda en tentativa se reputa *fracasada* (posibilidad de pluralidad de tentativas). Destaca de esta forma que la ley concibe un único hecho que puede ser ulteriormente ejecutado¹²³.

VII.2.f.1.c. La teoría de la perspectiva global.

Seguida por gran parte de autores/as alemanes/as, entre otros/as, Roxin, Rudolphi, Streng, Puppe, esta teoría se muestra contraria a la perspectiva del acto individual. En efecto, los actos individuales en conexión inmediata con lo sucedido, aunque fracasen, son considerados una *tentativa inacabada* mientras la persona pueda continuar su actividad con vistas a causar el resultado. Renuncia si se detiene y, si esta es voluntaria, elimina la pena por toda la tentativa. Así resuelve el caso de la petaca (una tentativa inacabada de homicidio), considerando la renuncia cuando se detuvo, sin importar si los medios utilizados formaron parte del plan

¹²³ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 661 y ss. nm. 202 y ss.

original. Por ejemplo, (A) realiza varios disparos fallidos contra (B), desistirá si renuncia a la posibilidad de seguir disparando. Esta teoría tuvo recepción en la jurisprudencia alemana para casos donde el plan original no abarcaba el medio completamente distinto que finalmente se empleó. Por ejemplo, fue aplicada en el *caso del baño de gasolina*. El tribunal apuntó que lo decisivo es la representación después del último acto ejecutivo. Esto es, si la persona estima posible la producción del resultado, que puede alcanzarse con los medios que dispuso u otros disponibles. Lo decisivo es el *horizonte del desistimiento* que tenga quien actúa¹²⁴.

No está libre de discusión cómo se justifica la *conexión* entre el segundo acto y el primero fracasado para considerar todo un único suceso. El BHG alemán exigió un *fenómeno existencial unitario*, como el caso 3º (estrangulamiento a la pareja de la ex pareja). La solución sería distinta si, tras el fracaso, no hubiese previsto la posibilidad de continuar empleando otros medios. La decisión posterior sería una nueva tentativa, cuyo desistimiento sólo abarcaría la segunda parte del suceso. La problemática cambia si se trata de actos individuales en varios días. Quienes rechazan una acción única, valoran por separado cada intento considerando *varias tentativas fracasadas* (v. gr. *Strantenwerth*). Otra corriente exige una *identidad jurídica del hecho* (concurso de delitos, unidad de hecho) o una *unidad natural de acción* (v. gr. *Roxin, Núñez Paz, Jakobs*, entre otros)¹²⁵.

En efecto, la *teoría de la unidad natural de acción* supone que hay una *tentativa inacabada* cuando la conducta desplegada constituye una unidad natural con los actos que aún se pueden ejecutar. En cambio, hay pluralidad de actos si la actuación ulterior pasa a ser algo nuevo respecto de la anterior, siendo una *tentativa acabada* los primeros actos fallidos¹²⁶.

Para comprobar la estrecha conexión espacio-temporal entre la primera y la segunda acción, y considerar una única tentativa, resulta adecuado -según Roxin- el concepto de fenómeno existencial unitario (caso 3º del estrangulamiento). Se *excluye* la unidad del hecho cuando existe repetición en *circunstancias distintas*. Por ejemplo, (A) y (B) empezaron con amenazas equiparables al robo contra (C), luego de que en días sucesivos y lugares distintos realizaron dos intentos fracasados de lograr la entrega de dinero exigida a (C), renunciaron al tercero¹²⁷. El BGH alemán rechazó en los tres intentos de entrega ejecutados la unidad de hecho por no corresponder al concepto de *fenómeno existencial unitario* los tres intentos de entrega¹²⁸.

¹²⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 654-655 nm. 180-181; Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal* (2002), p. 491.

¹²⁵ Conf. Núñez Paz en *El delito intentado* (2003), p. 155; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 655 nm. 182-183; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 1074 nm. 2; Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal* (2002), pp. 491-492, entre otros.

¹²⁶ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 156, quien está a favor de esta tesis.

¹²⁷ Conf. BGHst 40, 75.

¹²⁸ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 660-661 nm. 199-200.

Se critica a la perspectiva global que privilegia injustamente a la persona cautelosa frente a la desprevenida. Empero, se remarca que quien puede seguir actuando retorna a la legalidad mediante su detención voluntaria, mientras que quien fracasa definitivamente no existe motivo para que su tentativa quede exenta de pena¹²⁹.

VII.2.f.1.c.1. La teoría de la perspectiva global modificada.

Roxin toma posición por la teoría de la perspectiva global con un pequeño acercamiento a la teoría del acto individual¹³⁰. En efecto, en los *casos 1º a 3º (petaca, incendio y atropello)* indica que fracasa el primer método y siguen cada uno teniendo el resultado muerte en sus manos. El abandono de un ulterior esfuerzo por lograr aquel significa su desistimiento porque hubo reversión voluntaria de la puesta en peligro antes de alcanzar el objetivo. No obstante, lo sucedido es censurable con pena como delito consumado. Roxin resalta que para la *protección* de la víctima es preferible la perspectiva global, ya que punir al o a la autor/a que se detuvo y no alcanzó el resultado significaría más desventajas y menos motivos para desistir porque. Por ejemplo, porque la víctima viva puede denunciar¹³¹.

En el *caso 4º (disparo en la sien)*, según Roxin, el desistimiento no es posible. No hay reversión de la puesta en peligro cuando se consiguió lo que quería. Sin embargo, aun cuando el o la autor/a pudiera desistir, no se excluye la pena pues en lesiones particularmente graves la persona siempre es consciente de la posibilidad de muerte de la víctima, exigiendo Roxin una reversión del peligro como si fuese una tentativa acabada. Vale decir, debe invertir para el desistimiento lo mismo que para la tentativa. Esta última interpretación aplica para el *caso 5º (cuchillada en la nuca)*. En este supuesto (A) no podía excluir la posibilidad de la muerte, debía prestar un auxilio activo. Aun cuando haya estado dispuesto, no lo activó efectivamente. Según Roxin, sólo debe apreciarse desistimiento cuando el o la autor/a haya renunciado a un medio que le parezca adecuado para continuar y se abstiene de ejecutar. No toda omisión de emplear otros métodos constituye desistimiento, ya que de lo contrario no existiría la categoría de la tentativa fracasada (para la dogmática alemana). Esta -de acuerdo con Roxin- se configura cuando objetivamente existiría la posibilidad de consumación, pero la persona la desconoce. Solamente cuando se abstiene de emplear una posibilidad de continuación disponible

¹²⁹ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 155; Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 664 nm. 208, entre otros.

¹³⁰ Por eso la adición de *modificada*.

¹³¹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 657 nm. 187-188.

(adecuada) implica una reversión del peligro, que faltaría en el caso de quien subjetivamente no renuncia a ninguna oportunidad de continuación¹³².

VII.2.f.1.d. Las teorías intermedias.

Existen *interpretaciones intermedias* entre la teoría del acto individual y la teoría de la perspectiva global que completan la diversidad de propuestas dogmáticas.

En efecto, *Herzberg* sostiene, por ejemplo, que es posible la renuncia al dolo directo (intención), en relación con todo el suceso, cuando la persona se abstiene de repetir actos ejecutivos. Pero afirma que subsiste una tentativa fracasada con dolo eventual que no sería posible desistir. Por eso, todo comportamiento asimilable al desistimiento se considera en la determinación de la pena. *Rudolphi* sigue la misma idea, considerando que hay dos hechos diferentes si se emplean medios de distinta naturaleza. En efecto, postula que la primera acción sería una tentativa fracasada (no susceptible de desistimiento). Roxin observa que en estas posiciones la idea del desistimiento no puede fundamentarse en la renuncia a alternativas de acción remotas, que no parecían adecuadas al inicio. Se preserva la posibilidad de desistimiento siempre que renuncie finalmente al hecho y evite el peligro subsistente, con independencia del método utilizado. Esto puede evaluarse en la voluntariedad de la renuncia, para determinar si el método alternativo era de fácil disposición y no fue empleado inicialmente por su mayor riesgo¹³³.

VII.2.f.2. Situaciones concretas de tentativa fracasada.

(A) *Imposibilidad jurídica*. Cuando un elemento del tipo sólo puede ser realizado en contra de la voluntad de quien es titular del bien jurídico, que presta su consentimiento, impide completar el tipo. Por ejemplo, el ladrón toma una cosa con ánimo de apoderarse, pero la persona titular de la custodia está de acuerdo. No se configura el apoderamiento ilegítimo. No obstante, en un caso de abuso sexual en el que la víctima convence al autor de que llegaba a punto porque hacía mucho tiempo que no tenía un encuentro sexual, el BGH alemán sostuvo

¹³² Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 658-659 nm. 191 y ss.

¹³³ Ídem, pp. 655-656 y 664-665 nm. 185-186 y 209-210.

que faltó la renuncia a la ejecución del hecho planeado, rechazando el desistimiento. Roxin critica la decisión indicando que *obró bajo error* de la concurrencia del consentimiento, por lo que *faltó el dolo*, resolviendo el caso por *error de tipo*. Remarca que, de lo contrario, se debió haber considerado como *violación consumada*, puesto que el desistimiento fue involuntario por el consentimiento inválido anterior. Roxin señala que la sentencia es contradictoria porque configura una tentativa que no está fracasada, pero tampoco es susceptible de consumación¹³⁴.

(B) *La disociación del objeto material de la acción con el plan delictivo*. Los casos de confusión o error que frustran el plan, pero no excluyen la posibilidad de realización típica. Por ejemplo, (A) pretende disparar a (B), pero al aproximarse con la pistola en la mano advierte que es a (C) a quien tiene por delante. Defraudado (A) guarda el arma, aunque podría haber disparado. Según Roxin no hay renuncia al hecho planeado, ya que el dolo está circunscripto a una víctima concreta. Ante la falta del objeto de la acción, el plan se volvió inviable, no es posible la renuncia¹³⁵. Igual solución aporta en el caso de que el *objeto de la acción sea una cosa*. Por ejemplo, (A) pretendía robar una pelota roja en un jardín ajeno, ingresa de noche y al tomar la pelota advierte que se trataba de una bola de madera. (A) decepcionado/a la deja y abandona el lugar¹³⁶. El Tribunal alemán apreció un desistimiento voluntario, considerando que no había obstáculo para la continuidad de la acción, sino que hubo un proceso solamente interno. Roxin critica la solución porque la tentativa fracasó toda vez que el objeto material es distinto del que se representó (dolo) la persona. Por ejemplo, alguien abre un bolso ajeno para robar dinero y encuentra solamente papeles que no sustrae. No renuncia ni desiste del robo¹³⁷.

(C) *El objeto alcanzado está por debajo de las expectativas iniciales de la persona*. Por ejemplo, quien roba un comercio encuentra un botín más reducido que el que suponía y no se apodera de este. También quien necesitaba 300 marcos para una carrera de representante a la que aspiraba ingresó a robar una fonda. Encontró en la caja entre 20 y 30 marcos, huyendo sin llevarse nada¹³⁸. El tribunal alemán resolvió que hubo un *desistimiento involuntario*. Para Roxin se trató de una *tentativa fracasada* porque el proyecto era inviable, aún si se llevaba el dinero encontrado. En efecto, señala que no hubo posibilidad de desistimiento, y si la hubiese tenido se habría vuelto voluntariamente atrás dado que el dolo de robar una suma mayor contiene al

¹³⁴ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 622-623 nm. 90 y ss.

¹³⁵ En el supuesto que el hecho se haya llevado a cabo, mata creyendo que era (B), se resuelve como homicidio consumado porque un *error in persona* es irrelevante, no excluye el dolo.

¹³⁶ Conf. RGSt 39, 37.

¹³⁷ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 624-625, nm. 96 y ss. *Jäger*, opuestamente, postula en caso de error en la persona puede haber desistimiento voluntario porque renuncia y revierte la puesta en peligro al advertir su error. Para el caso de la bola de madera opina que hubo un desistimiento voluntario porque quien obra con dolo indeterminado de robar una cosa puede renunciar (ídem, p. 626 nm. 99-100).

¹³⁸ Conf. BGHSt 4, 56.

de otra más pequeña. En el caso que se hubiese llevado el dinero de la caja, no podría haber una *tentativa de hurto* por lo pretendido y una *consumado* por lo apoderado¹³⁹.

(D) *Cuando las modalidades del hecho se desvían del plan delictivo*. Se discute si las modalidades de ejecución constituyen una circunstancia concomitante en el objetivo perseguido y forman parte del plan; en su caso, si la falta de viabilidad de estas es lo único que fundamenta el fracaso de la tentativa. El supuesto sobre el que se debate es la renuncia del robo de quien ingresa a una casa habitada y se siente observado/a, aunque podía consumir el delito se retira para evitar ser capturado/a. Según Roxin la persona en la tentativa fracasada identifica como imposible lo que pretende, en cambio en el desistimiento involuntario lo imposible es llevar adelante la ejecución, por lo que no continúa con su actuación. Explica que es un error ver la tentativa fracasada como un desistimiento involuntario o transmutar un desistimiento involuntario en una tentativa fracasada. Esta fracasa cuando las desviaciones reales respecto del plan hacen imposible la obtención del objetivo perseguido (el objeto del hecho), no las circunstancias concomitantes de la ejecución. De este modo, Roxin aprecia un desistimiento involuntario en el caso del ladrón solitario¹⁴⁰.

(E) *La variación o desaparición de los motivos para cometer el delito, no del plan delictivo*. Por ejemplo, el sobrino que quiere matar a su tío rico para heredar, estando en la fase de ejecución de la tentativa descubre que ha perdido toda su fortuna y no hay nada para heredar. Entonces se abstiene de continuar. Desiste quien deja de obrar, valorándose la voluntariedad de aquella reversión cuando la ejecución no se vuelve inviable¹⁴¹.

(F) *Cuando en el resultado imputable concurren acciones de desistimiento*. Este problema se corresponde al dolo en la tentativa. Roxin distingue tres supuestos de riesgo de causación del resultado: (1) antes de finalizar la tentativa, (2) luego de finalizada esta, y en los delitos de omisión impropia (3).

Los casos típicos de *riesgo de producción del resultado antes de finalizada la tentativa* (1) son, por ejemplo, el envenenador que se detiene tras administrar la segunda dosis de veneno, contando inicialmente que iban a ser necesarias cinco para provocar la muerte, pero esta acaece ya en las dos primeras dosis; o quien renuncia después de la primera cuchillada creyendo que faltan más para matar; no obstante, muere con la primera. En los dos casos el resultado se consumó con falta de dolo. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria entiende que son *casos de*

¹³⁹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 626-627 nm. 101-102. También ver Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), pp. 157-158.

¹⁴⁰ Conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 630 y ss. nm. 109-110. De otra opinión Núñez Paz, en *El delito intentado* (2003), p. 158.

¹⁴¹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 632 nm. 111.

causación anticipada del resultado que excluyen el desistimiento. En efecto, la persona debe responder por la causación dolosa del resultado típico que le es imputable¹⁴².

Ahora bien, según Roxin, como la imputación subjetiva se sustenta en la realización del plan, la anticipación resulta una *desviación no esencial del curso causal*. Si el resultado es objetivamente imputable debe ser reprochado el accionar riesgoso que se visualizó en el resultado. En caso de no poder ser atribuido porque, por ejemplo, la víctima era hemofílica, subsistiría una tentativa dolosa de la cual *renuncia*, revirtiendo el peligro de su actuación¹⁴³. Una posición minoritaria (*Frisch, Herzberg, Armin Kaufmann, Puppe, Sancinetti, Struensee, Núñez Paz*, entre otros) sostiene la solución del concurso entre tentativa y delito imprudente, pues no puede atribuirse delito consumado porque la tentativa no está acabada, por lo que la persona no tiene dolo de consumación. Sólo quedaría una tentativa inacabada, de la cual habría *desistido voluntariamente*. La consecuencia sistemática sería *una tentativa inacabada de homicidio en concurso ideal con un homicidio imprudente*, este último sólo imputable si en el acto inicial asumió la previsibilidad del resultado y no resultó esencial la desviación del curso causal¹⁴⁴.

Por otro lado, en los denominados *delitos a distancia*, cuando el hecho alcanza el resultado durante la preparación, al contrario de los casos de consumación prematura, Roxin descarta la imputación por hecho doloso consumado, proponiendo la solución del delito imprudente porque todavía no concurría una tentativa. Expresa que el dolo debe existir mínimamente cuando se entra en la fase de tentativa. Por ejemplo, (A) envenena la botella de whisky de (B), su compañero de piso, quien estaba de viaje y regresaría en una semana. (A) esperaba al retorno de (B) que tomara la bebida y muriese. Sin embargo, esa misma noche, mientras (A) dormía, volvió (B). Este bebió una copa de whisky y murió a las horas por intoxicación. A la inversa, (A) envenena el whisky de (B), luego se arrepiente y compra una botella de la misma marca que la coloca junto a la envenenada, creyendo por error haber cambiado esta última. Cuando (B) llega, se sirve la botella envenenada que (A) había dejado

¹⁴² Para más detalles sobre los conceptos de consumación anticipada y de *dolus generalis* ver notas 124-126 al pie de p. 143 (Capítulo V apartado 2.d.). También consultar Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), p. 429; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 362 y ss. nm. 75 y ss., entre otros.

¹⁴³ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 455 nm. 67-68 y pp. 633-634 nm. 115 y ss. Para Jakobs hay consumación dolosa si el primer acto tuvo una consecuencia concretamente apta para el resultado (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 364 nm. 79 y nota 158 al pie). la solución es idéntica al criterio de Roxin, sólo que este la justifica en función de la apreciación subjetiva del plan criminal y la concreta realización.

¹⁴⁴ Conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 165; Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 364 nm. 79; Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 430 y ss., entre otros. Esta explicación se fundamentaría en una visión causalista del resultado, que no presentaría diferencias entre los tipos dolosos e imprudentes. Sólo sería distinguible subjetivamente por la voluntad existente en la preparación en correspondencia con la ejecución y la consumación. Sancinetti critica que la posición del delito consumado responde al denunciado dogma de la identidad, de atribuir el dolo por el resultado, encerrando una contradicción intrasistemática porque si aparece el resultado la tentativa se pena como consumación, aunque el dolo faltase (conf. *Teoría del Delito...* (1991), p. 433). Para mayores detalles sobre esta discusión, ver el Capítulo V apartado 2.d. (pp. 140-144) y Capítulo VII apartado 1.b.3.c.1.a. (pp. 234-236).

por error. A las horas fallece. Roxin observa que el dolo de la preparación no es suficiente para la tentativa, ni la consumación (coincidencia con la opinión de Sancinetti). De lo contrario se presentaría un delito consumado sin tentativa previa. Además, señala que en aquella fase falta la puesta en peligro dolosa (representación del riesgo) porque simplemente se está preparando su creación¹⁴⁵.

En cuanto a los casos de *riesgo de producción del resultado luego de finalizada la tentativa* (2), la doctrina y jurisprudencia dominante en Alemania lo califican a estos supuestos de tentativa acabada. Por esto, responde por consumación si no logra impedir el resultado porque el peligro creado se realizó conforme a lo previsto. Por ejemplo, quien deposita una bomba en la bodega del avión, que accionó y estalló causando la muerte de quienes iban a bordo, no desistió por haber -sin éxito- intentado avisar a la policía¹⁴⁶. Ahora bien, Núñez Paz cataloga a estos casos de *desistimiento malogrado*. En efecto, señala que el Tribunal Supremo español resuelve como *homicidio doloso consumado con la atenuante de arrepentimiento espontáneo* (conf. art. 21 atenuante 5ª del Código Penal español). Otro sector de la dogmática española encabezado por Muñoz Conde postula un *concurso* entre una tentativa acabada con la atenuante de arrepentimiento espontáneo y consumación imprudente si el resultado era previsible (posición que es minoritaria en Alemania). Esta solución -según Núñez Paz- sería adecuada dependiendo del caso¹⁴⁷.

A esto se agregan los supuestos de *error sobre la posibilidad de desistir*. Por ejemplo, la persona cree que puede desactivar a tiempo la bomba accionada en el avión. Roxin enfoca si estaba prevista esta posibilidad desde el momento de su colocación (comienzo de ejecución de la tentativa). Si no lo había previsto responde por consumación porque el acto de impedir fracasó y no puede beneficiar una decisión posterior. En cambio, si la evitación estaba planeada, y confiaba tener el control de la situación, faltaría el dolo de consumir y sólo se penaría por tentativa¹⁴⁸. El desistimiento fracasado en una tentativa acabada penado como delito doloso consumado es cuestionado por Muñoz Conde, quien interpreta que vulnera el principio de culpabilidad porque constituiría una expresión del *versari in re illicita*. Propone en su lugar resolver el caso por una *tentativa acabada en concurso ideal con homicidio imprudente*

¹⁴⁵ Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 639 nm. 134.

¹⁴⁶ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 636 nm. 125. El derecho español exige que el desistimiento sea *eficaz* (artículo 16.2. Código Penal). Si la pretensión de impedirlo no surte efecto, se sanciona por consumación, incidiendo en la medida de la pena la previa intención de evitar el resultado (conf. Núñez Paz, *El delito intentado* (2003), p. 161).

¹⁴⁷ Conf. *El delito intentado* (2003), p. 162. Rechaza imputar delito doloso consumado porque castiga a quien no ha querido cometerlo y lo hace responder por consecuencias mayores a las deseadas (semejante a la teoría del *versari in re illicita*). Cataloga que es político-criminalmente correcta la solución de la tentativa con la atenuante de arrepentimiento, aunque posteriormente sostiene la corrección de la imputación del resultado doloso en caso de desistimiento malogrado con la atenuante *in bonam partem* de la exención de pena en caso de intervención plural (ídem, pp. 163-164, y nota 608 al pie).

¹⁴⁸ ¿Sería un caso de imputación subjetiva a título de dolo eventual? Ver Capítulo III apartado 5.b. (pp. 36-37).

(solución de la mayoría de la doctrina alemana). Roxin indica frente a esto que el intento de reversión puede dar lugar a una atenuación, pero se reprocha la actuación dolosa previa, no el fracaso de la salvación. El hecho se consumó por la falta de reversión de la puesta en peligro¹⁴⁹, solución que comporte expresamente Núñez Paz como desistimiento malogrado.

Ahora bien, llegamos a los casos de tentativa acabada de omisión en lo que se adoptan *medidas de evitación del resultado que fracasan, aunque este se produce de modo no imputable* (3). Por ejemplo, (A) apuñaló a (B) con dolo de matar para que se desangre, pero llamó a emergencias para que lo trasladen al hospital. Camino al nosocomio, la ambulancia se estrella contra un camión y (B) fallece. Este supuesto, pacíficamente, es resuelto como tentativa acabada de homicidio porque el resultado no fue la realización del riesgo creado y dentro de esta se identifica una conducta de desistimiento voluntario al llamar a la ambulancia, intentando impedir la consumación imputable¹⁵⁰.

(G) Cuando quien actúa se representa de que la tentativa fracasó, aunque objetivamente sigue siendo idónea. En estos casos, el o la interviniente no se deciden por una alternativa, ni en contra del hecho. La *falta de conciencia del abandono* es asimilable al *dolo* en la tentativa, por lo que subsiste el disvalor de acción. Por ejemplo, (A) pretende estafar en una venta a (B). (A) cree que no hay modo de convencer a (B) sobre la veracidad de la garantía engañosa, mientras que (B) efectivamente cree que es verdadera. (A) deja de obrar (fracasó en la tentativa). Al revés, si la tentativa *fracasa objetivamente*, se puede abandonar si todavía se *representa una alternativa* para decidir continuar y *renuncia* a esta. Por ejemplo, (A) se arrepiente del negocio iniciado y no prosigue, ignorando que (B) había advertido la falsedad de la garantía¹⁵¹.

VII.3. Consideraciones normativas acerca del *iter criminis*.

El *iter criminis* tradicionalmente se estructuró en función de la mayor o menor proximidad del peligro de consumación. Como explicación de neto corte causal tuvo consenso mayoritario en torno a la teoría material-objetiva. Ahora bien, esta interpretación puede ser reformulada en términos normativos con foco en la dimensión de la norma penal infringida en los distintos

¹⁴⁹ Conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 638 nm. 130 y ss.

¹⁵⁰ Igual solución corresponde cuando el resultado es atribuible al ámbito de responsabilidad de la víctima, aunque el peligro no permitido fuese creado por quien actuó. Por ejemplo, un envenenamiento en el cual (A) llama al médico, (B) se niega a tomar el antídoto y fallece. Cuando el esfuerzo salvador es obstaculizado por terceros/as, por ejemplo, otros/as cómplices, según Roxin, debe imputarse por delito consumado porque se realiza el riesgo original inherente al plan (conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), pp. 636-637 nm. 126 y ss. Para mayores detalles ver Capítulo VI apartado 4.c. (pp. 208-210).

¹⁵¹ Conf. Jakobs, *Derecho Penal* (1997), p. 904 nm. 11-12.

estadios del comportamiento, lo que posibilitará entender la tentativa como imputación de un proceso de expreso significado. En efecto, se debe delimitar a los fines analíticos aquello que no trasciende el plano de lo interno (v.gr. los pensamientos o la esfera de intimidad), de todo lo que supone ya acciones u omisiones como expresiones de comportamiento típicas, dependiendo del alcance del rol y la expectativa normativa en juego de quien la lleva adelante¹⁵².

Un Estado democrático de Derecho configura y explica sus decisiones de política criminal a través de un Derecho penal de acto, donde las ideas nunca son punibles (*cogitationis poenam nemo patitur*). Si así fuera, nos ubicaría en torno a un Derecho penal del carácter, que niega a la persona su personalidad y libertades ciudadanas, perdiendo legitimidad en la órbita de un sistema democrático por quedarse vacío de fundamento¹⁵³. Nunca la interpretación normativa del injusto penal puede tomar en cuenta la perspectiva interna o la personalidad de la persona (v. gr. los pensamientos, las ideas con connotaciones delictivas, los comportamientos en la intimidad sin trascendencia a terceros o instituciones). La exclusión de la criminalidad en este ámbito es una barrera limitante impuesta por los principios de culpabilidad y de lesividad, que se expresan en un sinalagma netamente normativo: el reconocimiento de la *libertad de organización* y la exigencia de *responsabilidad por las consecuencias*. En términos tradicionales no hay la puesta en peligro de un bien jurídico. Cualquier tipo penal que se involucre más allá de estos límites deberá ser reputado inconstitucional¹⁵⁴.

¿Cuándo el comportamiento se exterioriza mediante la creación de un riesgo desaprobado que es imputable a la persona? Debido a la libertad interna reconocida, toda persona debe controlar que de su ámbito de organización no emanen procesos causales dañosos. El abandono del dominio en perjuicio potencial de otra esfera jurídica es una tentativa en sentido material por el comienzo de un comportamiento externo perturbador, aunque en sentido formal signifique ya un potencial de realización del tipo por la creación de un riesgo jurídicamente

¹⁵² Este planteo responde a la idea de Jakobs y de Pawlik que el mundo social no está ordenado cognitivamente sobre la causalidad, sino de modo normativo sobre la base de competencias, que aportan significado a cada comportamiento según su contexto. Aquí juega un papel importante la teoría de la imputación objetiva. Esta línea de pensamiento también es seguida por Reyes Alvarado en «*El delito de tentativa*» (2016).

¹⁵³ Roxin expresa que un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos de nuestro Estado de Derecho, plasmados en la Ley Fundamental, basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan los límites a la potestad punitiva del Estado (conf. *Derecho Penal* (1997), pp. 55-56 y 58 nm. 9 y 15). Jakobs llama la atención indicando que el legislador puede saltarse todas las limitaciones, despojando al sujeto de sus ropajes de ciudadano y tratándolo como enemigo al que no le asignan ningún ámbito interno, o bien a lo sumo uno muy recortado, no siendo correcto que haga de las anticipaciones al ámbito interno una manifestación que aparece por doquier en el Derecho penal (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 854 nm. 1f).

¹⁵⁴ Los instrumentos internacionales reconocen el principio protector de la autonomía del ser humano, entre otros, el art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, o el art. 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, todos ellos con jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Argentina). Los derechos y garantías reconocidos en los tratados de derechos humanos constituyen un piso mínimo de tutela, refuerzan los límites constitucionales y actúan como barreras frente al interés del Estado por aplicar una sanción penal (conf. Torres, *La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional*, Revista Pensamiento Penal, 2015, p. 5).

desaprobado. La cuestión es determinar normativamente el comienzo de los *actos de ejecución* (punibilidad) como paso a la imputación penal. Un principio irrefutable es que los *actos preparatorios* no son punibles dado que presuponen que todavía no ha empezado el hecho en su ejecución. Ante todo, no son suficientes para demostrar la vinculación externa típicamente relevante. Desde la perspectiva que se sigue, los actos preparatorios comunicativamente no expresan un sentido racional de contraposición a la expectativa de conducta exigida por la norma de comportamiento que acompaña al rol desempeñado por la persona¹⁵⁵. En la medida que la conducta traspasa esta frontera inicia la fase ejecutiva¹⁵⁶. Si el comportamiento es mínimamente encuadrable en un tipo penal. Pero no es sólo este indicio formalista que fundamentaría la imputación normativa de la conducta como tentativa punible, sino que el riesgo jurídicamente desaprobado como criterio material debe ser empleado para delimita los ámbitos de impunidad asociados al potencial de protección de esferas jurídicas ajenas. En el comienzo de ejecución esta va siendo residualmente disminuida. En este punto, el principio de lesividad debe ser un presupuesto mínimo y necesario para la imputación de la conducta típicamente relevante. Además, el tamiz del principio de culpabilidad en un sistema de libertades, dentro de una sociedad plural y democrática, demarca que la medida reconocida del ámbito de autonomía de la persona es equivalente a la responsabilidad por la defraudación de la norma preacordada¹⁵⁷.

Sin embargo, bajo la lógica del peligro y la alegación de la necesidad de protección de bienes jurídicos, cada vez con mayor frecuencia se tipifican formalmente actos preparatorios directamente vinculados con la realización material de otro delito tipificado. Estos constituyen los denominados *delitos de peligro*, que se direccionan a la infracción de *normas de flanqueo*¹⁵⁸. Probablemente el fenómeno de expansión del Derecho penal en el siglo XXI se caracterice por la tendencia hacia estas formas de punibilidad, con *tipos penales de peligro* que, en ciertos

¹⁵⁵ Todo comportamiento es susceptible de interpretarse en un determinado contexto que se rige por la clase de relación social en cuestión. La idea sería que el desempeño de un rol social viene asegurado por la norma de comportamiento (expectativa de corrección en el cumplimiento), y el contenido de esta no puede comprenderse sin analizar el rol ejecutado en el contexto en el que se lleva a cabo la interacción.

¹⁵⁶ Este principio externo tiene consenso para todas las corrientes teóricas. Las diferencias provienen en cómo se fundamenta o entiende el *comienzo de ejecución* (conf. Mir Puig, *Derecho Penal* (2016), p. 355).

¹⁵⁷ Este planteamiento está próximo al esbozo ofrecido por Pawlik en *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 45 y ss.

¹⁵⁸ Jakobs justifica, con limitaciones, alguna de estas normas alega que la garantía de la expectativa de no tener que tomar en cuenta ni siquiera un comportamiento que sólo de modo abstracto está referido al resultado forma parte de los elementos de la sociedad que determinan su identidad. De modo que cabe justificar desde el punto de vista funcional las correspondientes disposiciones penales. Las limitaciones están en la imposibilidad de legitimar los delitos enriquecidos subjetivamente que castigan casos de preparación como si fueran de consumación. Por ejemplo, la falsificación de documentos. Señala que estos delitos contradicen la orientación social de la comunicación entre ciudadanos libres (conf. *Sociedad, norma y persona...* (2006), p. 21). Zaffaroni entiende que lo prohibido es abarcar una parte de la actividad preparatoria, extendiendo la fórmula general del art. 42 del Código Penal, mientras que lo tolerable es la tipificación independiente de actos preparatorios que implican otras lesividades que exceden el delito tentado, siempre que haya un bien jurídico afectado. Repara que el legislador, válido de conceptos de peligro abstracto, de presunciones *juris et de jure* de peligros, etc., inventa tipos penales que adelantan la consumación hasta los actos preparatorios para penar cualquier conducta por inofensiva que sea con tal que sea sospechosa para el Estado (conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 112 y 633).

casos, no compatibilizan con los principios de lesividad, reserva penal y culpabilidad¹⁵⁹. En efecto, estos tipos penales se reducen a describir una forma de comportamiento que, por la experiencia general, representan en sí misma un futuro peligro para algún objeto protegido, sin necesidad de haberse verificado un resultado concreto. Por ejemplo, ante la posesión ilegítima de un arma de fuego como acto preparatorio de un futuro robo u homicidio, se tipifica anticipatoriamente la tenencia o portación de un arma sin la debida autorización¹⁶⁰. El o la legislador/a presume la cualidad peligrosa del comportamiento para el bien jurídico. Se achaca que estos tipos penales afectan principios elementales como el de lesividad y de culpabilidad¹⁶¹. Difícilmente pueda admitirse que sean debidamente tipificadas conductas que desdibujan todo ámbito de autonomía y privacidad de la persona.

Frente al riesgo de adelantamiento de la punición, se puede sostener que el ámbito de delimitación entre la impunidad y la tentativa y, a su vez, entre la tentativa inacabada y acabada, no responde a criterios de peligro objetivo¹⁶². Como tesis, el límite estaría situado en la verificación de un comportamiento de la persona que social y legalmente excede el ejercicio de su rol y consecuentemente afecte el potencial residual de protección de una esfera jurídica ajena con la injerencia no permitida, que a medida que es reducida hasta llegar a un mínimo inversamente eleva el estándar del desistimiento al deber de emplear un esfuerzo mayor que el exigido al comienzo de la ejecución. A su vez, la diferencia entre la tentativa y la consumación estaría dada por la pérdida de autonomía de la persona que infringió de manera total la expectativa normativa penalmente garantizada. La pérdida referida se configura de manera progresiva hasta un mínimo que se ubica en la tentativa acabada, donde todavía no se descarta que el imperativo de la norma penal pueda motivar a cumplir la instancia de desistir. Sí esto es válido, la tentativa acabada no desistida reviste mayor peso comunicativo de contradicción

¹⁵⁹ Las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del Derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales (conf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón* (2009), p. 466). En sentido similar, a la vez que disímil, Zaffaroni refiere que el principio de lesividad se introdujo en la construcción del sistema penal con el concepto de bien jurídico porque sin lesión o peligro cierto a un bien jurídico no hay delito, con lo cual es una limitación al poder punitivo. Distingue este concepto de otro denominado *bien jurídico tutelado*, espiritualizado, exigiendo criminalizar para tutelar, mientras que si es lesionado es porque no hubo suficiente tutela (conf. *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 110-111).

¹⁶⁰ En el Código Penal argentino está prevista y reprimida en el artículo 189 bis.

¹⁶¹ Conf. Torres, *La operatividad del principio de lesividad...* (2015), p. 10. Un ejemplo claro de ello es la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal (artículo 14, segunda parte, de la Ley 23.737), declarado inconstitucional en 2009 por la CSJN en el conocido fallo Arriola (Causa 9080, A. 891. XLIV), retomando la doctrina del precedente Bazterrica de 1986 (Fallos 308:1392) de la no punibilidad de la tenencia de estupefacientes en escasas cantidades para consumo personal en ámbitos privados, como por ejemplo el interior de la vivienda.

¹⁶² Jakobs llama la atención que la exención de la penalidad por desistimiento no abarca a la pena por las fases del delito que precede a la tentativa. El desistimiento de estas fases se rige por reglas propias, salvo que el abandono del hecho también comportara siempre abandono de la preparación. Repara que se elimina el desistimiento al comenzar a realizar el dolo de tipo. Por eso, los delitos de peligro abstracto consumados siguen siendo punibles y los delitos de peligro concreto en la medida que este ya haya existido antes del comienzo de la tentativa o independientemente del dolo de lesionar. En el desistimiento el autor sólo se ve exento de la responsabilidad por el peligro concreto de la tentativa (conf. *Derecho Penal* (1997), p. 927 nm. 50).

frente a la expectativa normativa en juego que se defrauda, en comparación con la tentativa inacabada (comienzo de ejecución). Con la consumación se intensifica al máximo, lo cual deberá ser anulado por la declaración y ejecución de la correspondiente pena.

Ahora bien, como dijimos los delitos de peligro, sobre todo de peligro abstracto, se encuentran asentados sobre criterios de peligrosidad discutibles. No obstante, el *peligro de la conducta* ha sido tradicionalmente relevante en el *iter criminis*, ya que internamente se determina *cuantitativamente* la punibilidad de la tentativa acabada o inacabada por el grado de ejecución y *cualitativamente* analizando la idoneidad o inidoneidad del comportamiento. Ahora bien, podría esbozarse una explicación que superase dogmas causalistas y permita adentrarnos en consonancia a la tesis planteada. En efecto, el sistema normativo orienta la conducta de las personas dentro del sistema social a través de la asignación de roles que tienen significación en expectativas de conductas adscriptas que enmarcan el mensaje prescriptivo contenido en cada norma del sistema¹⁶³. Si esto es aceptado, la norma tiende a garantizar en sí que su seguimiento hará que las personas no causen perjuicios en sus interacciones sociales. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado expresa que el comportamiento no se orientó conforme a lo esperado por la norma pena. Específicamente, esa conducta comunicativamente representa un mensaje racional de contraposición. Si esto es correcto, normativamente marca la imputación del comienzo de la ejecución de la tentativa hasta la consumación.

En efecto, el comienzo de ejecución puede entenderse como *infracción primaria* a la norma de comportamiento, pues quien actúa debía evitar incurrir en creaciones de riesgos jurídicamente desaprobados de acuerdo con el rol que desempeñaba (objeto de la imputación). Esta infracción primaria anida, a su vez, una *norma derivada*, que es correlativa a la resolución del comienzo de ejecución del hecho, que implica un deber circunscripto únicamente a evitar la defraudación absoluta de la expectativa normativamente garantizada. Su cumplimiento está dado por el ejercicio voluntario de la instancia de desistimiento disponible para evitar que el comportamiento llegue hasta la tentativa acabada y luego se transforme en un riesgo típicamente consumado. Mientras la consumación es el resultado externamente desvalorado (norma de valoración *á la Mezger*), que no puede ser revertido, el desistimiento puede ser interpretado como modificación del hecho y contrapunto del comienzo de ejecución. Para esto debe ser imputable a la persona como su obra voluntaria (norma de determinación *á la Mezger*). El desistimiento es interrupción y minimización del quebrantamiento de la norma en cuanto injusto culpable por el cumplimiento de un deber. Acorde a estos lineamientos, el *comienzo de*

¹⁶³ La formulación del concepto toma como presupuesto que la norma penal tiende a garantizar una finalidad mediata relacionada con la expectativa de comportamiento: amparar el funcionamiento social de determinados bienes individuales y comunitarios para lograr una convivencia pacífica.

ejecución implica para una persona la imputación de una conducta que abandonó su ámbito de autonomía interna (impunidad) mediante la externalización de la resolución inmediata de crear dolosamente un riesgo prohibido de lesión, que sea evitable, lo que da lugar a un hecho penalmente desvalorado, contrario al rol de actuación por organización o institución que debía seguir (comportamiento disvalioso).

La mayoría de la doctrina hace referencia a “*la tentativa de*” como derivación directa del *iter criminis* con base en una interpretación meramente causalista de peligrosidad para el bien jurídico, aceptando como dogma que el tipo penal pareciera ampliarse para punir conductas que no alcanzaron a consumarse. En el otro extremo se encuentran exponentes como Reyes Alvarado, que expresan una postura orientada en la teoría de las normas y una formulación dogmática funcionalista del Derecho penal, entendiendo que la tentativa y la consumación son dos maneras posibles de infringir la misma norma penal¹⁶⁴. Por esto, aquel autor refiere al “*delito de tentativa*”, en lugar de la significación dominante¹⁶⁵. Dicho de otro modo, a la tentativa como un injusto penal diferenciado de la consumación.

Ahora bien, la imputación por tentativa, en lo interno, admite una distinción de cualidades del comportamiento prohibido. El binomio de “tentativa acabada-inacabada” y de “tentativa idónea-inidónea”, por un lado, asigna *amplitud* al deber de desistir y, por el otro, adscribe *entidad comunicativa* a la conducta que infringe la norma penal detrás del incumplimiento del rol. Este planteamiento reconoce la operatividad de los principios de lesividad y culpabilidad.

En efecto, la tesis de la amplitud del deber de desistir se extrae de las ideas de Jakobs y de Pawlik. Del primero, en lo relativo al desarrollo teórico sobre el sentido comunicativo del injusto culpable y la concepción del desistimiento como modificación del sentido del hecho¹⁶⁶. Del segundo, la importancia de la praxis y del cumplimiento voluntario del Derecho para la estabilización de las expectativas normativas y la pena para reafirmar la autoridad del Estado ante su desconocimiento por parte de cada ciudadano/a que no cumple con su deber de cooperar¹⁶⁷.

La distinción entre tentativa acabada e inacabada, vinculada al deber de desistir, permitiría sustentar la autonomía normativa de la imputación por tentativa frente a la consumación. En efecto, estas categorías de imputación se asientan en la *intensidad* de la contradicción comunicativa del proyecto criminal ante la norma penal cuya expectativa

¹⁶⁴ Su planteo se estructura sobre la imputación de comportamientos como riesgos jurídicamente desaprobados respecto del rol de autor como expresión de la relación sujeto - norma.

¹⁶⁵ Conf. Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (2016), pp. 97-98 y 102.

¹⁶⁶ Ver Capítulo VI apartado 2.f. (pp. 187-188).

¹⁶⁷ Conf. Pawlik, en *Ciudadanía y Derecho penal* (2016) y en *Confirmación de la norma...* (2019). Para mayores detalles ver Capítulo IV apartado 3.b. en adelante (pp. 81-112).

defrauda desde el comienzo de ejecución. Dicha contradicción *aumenta* a medida que la persona no ejerce voluntariamente la instancia de desistir y correlativamente pierde posibilidades de control del riesgo de frustración o consumación del comportamiento prohibido¹⁶⁸. Se discute en la doctrina si el desistimiento es posible hasta la consumación. En esta línea, no es el injusto de la tentativa acabada idéntico al delito consumado porque se trata de entidades comunicativamente autónomas y diferenciables. El comportamiento durante la tentativa acabada puede ser desistido¹⁶⁹, mientras que el injusto consumado cierra toda posibilidad de reversión. Con posterioridad cualquier comportamiento es irrelevante sobre la configuración del injusto reprochable. Únicamente puede incidir en la determinación de la pena¹⁷⁰.

En consecuencia, en la tentativa acabada o inacabada se imputa la realización del riesgo jurídicamente desaprobado con base en la infracción de la norma primaria que prohíbe (requiere) evitar el comienzo de ejecución y culmina con la no evitación de la concreción total del riesgo en el resultado típico no desistido, convertido en consumación. Asimismo, se imputa tentativa, no consumación, ante la interrupción del comportamiento prohibido por una causa ajena a la esfera de organización o marco institucional de actuación de la persona. El mayor reproche es proporcional al peso del injusto que recae en la consumación, pues en esta la persona comunica un mensaje de total contradicción contra la norma penal, valorado como plena defraudación de la expectativa normativamente garantizada. En este punto, la interconexión entre los principios de lesividad, culpabilidad e *in dubio pro reo* (más allá de la concepción y función procesal clásica de este último) puede explicar la menor reacción punitiva para el injusto de la tentativa, porque *ex ante* no es posible determinar si quien actúa desistirá de su comportamiento. En la consumación, en cambio, *ex post* no hay duda¹⁷¹. De modo que entre la tentativa y la consumación existe una diferencia normativa en la *intensidad* del injusto, legalmente receptada en marcos penales diferenciables.

La postura aquí formulada se torna inconciliable con tesis subjetivistas u objetivistas. Por ejemplo, Sancinetti sostiene que la tentativa acabada ostentaría el mayor juicio de injusto y reproche a la persona por su comportamiento entendido como motivación defectuosa, en tanto que el resultado (consumación) se alcanza por casualidad y debe quedar fuera de

¹⁶⁸ Mañalich expresa que la distinción entre los conceptos de tentativa acabada y tentativa inacabada es pertinente. El hecho de que el potencial autor haya plenamente ejecutado u omitido la acción que, bajo su representación, habría tenido que omitir o ejecutar para ajustar su comportamiento a la norma, resulta concluyentemente indicativo de su falta de reconocimiento subjetivo de la norma como razón vinculante (conf. *La tentativa de delito como hecho punible* (2017), pp. 462-463).

¹⁶⁹ Aún en la tentativa acabada es posible desistir por el agente, quien debe realizar un comportamiento activo dirigido a la evitación (conf. Mañalich, Juan P., *La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales* Revista de Estudios de la Justicia, N° 4, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004, pp. 161 y 165).

¹⁷⁰ Tampoco deben contar los motivos que fueron determinantes para llevar a cabo un comportamiento contrario a la norma. Ambos aspectos cualitativos deben ser ponderados al imponer pena en cuanto alcance del injusto culpable, no para valorar la configuración de este, salvo que el propio tipo penal los contenga necesariamente entre sus elementos para conformar la ilicitud.

¹⁷¹ En esta dimensión también inciden los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

consideración¹⁷². Aquél afirma que si uno aprecia el disvalor del hecho por los resultados *ex post*, será necesario reconocer que a toda tentativa le subyace una norma distinta a la del delito consumado; pero, si sólo puede explicarse el injusto por la contrariedad a una norma de comportamiento, *ex ante*, no podría existir esta diferencia para dos acciones iguales, sino en la medida en que no toda forma de tentativa alcanza el mismo comportamiento, y cada paso constituye parte de este, a la vez que un comportamiento en sí menor y distinto. Con lo cual, según Sancinetti, la diferencia sería entre la tentativa incompleta y la acabada, no entre la tentativa y la consumación¹⁷³. Pues bien, como ya se hiciera mención en las consideraciones críticas¹⁷⁴, el subjetivismo y, particularmente, la Escuela de Bonn incurren en una contradicción para la punibilidad de la *tentativa inacabada*. En efecto, si el comienzo de ejecución se atribuye únicamente desde lo representado, estrictamente debería considerarse no punible la conducta mientras la persona sea consciente de no haber realizado todos los actos necesarios para que el resultado perseguido sobrevenga (tentativa inacabada). En planteamientos de este estilo la tentativa acabada es la única conducta merecedora de pena y la tentativa inacabada una instancia peligrosa. Por el contrario, si se parte de una orientación teórica afianzada en el rol de la persona actuante, que dota de contenido a la conducta que está llamada a cumplir como deber de evitar la defraudación primaria de la expectativa que subyace bajo la norma penal, la tentativa inacabada expresaría ya la concreción de una infracción, no absoluta, de aquella. En esta todavía la persona está en condiciones de adaptar su comportamiento a la expectativa normativa subyacente de cumplir con el deber de desistir (norma derivada).

Cuando se verifica el comienzo de ejecución y la ausencia o imposibilidad de desistimiento se habilita la aplicación de la norma de sanción como configuración irreversible del injusto de la tentativa, que puede alcanzar la consumación (hecho formalmente contenido en el tipo penal) o quedar interrumpido el comportamiento prohibido por una causa ajena a la voluntad de la persona dentro de su esfera de organización o marco institucional de actuación correspondiente, que termina anulando su competencia para readaptarse al requerimiento de la norma.

¹⁷² Conf. *Dogmática del hecho punible...* (2003), pp. 25, 27, 35 y ss. No obstante, en *Teoría del Delito...* (1991), nota 88 al pie p. 392, postulaba que la norma de la consumación (para él equivalente a la tentativa acabada) es la que prohíbe el verdadero peligro de muerte y que la norma de la tentativa (inacabada, incompleta) un momento anterior, un peligro más remoto. Para una aplicación del principio de culpabilidad cabría preguntarse si es peligrosa la motivación o lo defectuoso es el comportamiento *ex ante* contrario a la expectativa normativa concreta de conducta. La segunda opción se asume válida y suficiente, sin necesidad de ahondar en los motivos por el no cumplimiento del deber, salvo que el tipo penal lo requiera. Aquellos en general podrían ser considerados en el ámbito de la individualización de la pena. Lo que vale es la juridicidad externa del comportamiento desde el punto de vista de la norma de conducta en atención a que la imputación se dirige a seres humanos dotados de razón (conf. Pawlik, *Confirmación de la norma...* (2019), pp. 45-46).

¹⁷³ Conf. Sancinetti, *Teoría del Delito...* (1991), pp. 392-393.

¹⁷⁴ Ver capítulo V apartado 2.e. (pp. 144-149).

Ahora bien, la tesis de la *entidad comunicativa* del comportamiento se vincula íntimamente a la distinción entre la idoneidad e inidoneidad. No puede desconocerse que existe un *factum* en todo comportamiento penalmente relevante, de lo contrario deberíamos extendernos al ámbito de las ideas o de la intimidad (inadmisible). No obstante, aquí interesa la configuración de la decisión puesta en práctica para la conformación del dolo cuando la persona da comienzo a la realización del algún tipo penal según su representación. Pero eso por sí no es suficiente. Importa que dicha representación sea penalmente relevante desde un punto de vista social. Esto es, que se efectúe con arreglo a un juicio general en una sociedad comunidad determinada que considere que X es comienzo de ejecución o realización del tipo Y. Dicho de otra manera, al Derecho penal sólo debe importarle la punición de conductas idóneas que ponen verdaderamente en tela de juicio la configuración de una expectativa normativa de comportamiento.

En efecto, la idoneidad no debería ser determinada en función del peligro objetivo que *ex ante* corrió un bien jurídico (denominado aquí como pura objetividad), ni tampoco por la voluntad contraria al derecho (identificado como pura subjetividad). En su lugar, normativamente debería ser interpretada en función del deber que la persona en su rol debía observar en contraste con el comportamiento efectivamente realizado. Estas son dos variables necesarias para el binomio tentativa idónea e inidónea. Vale decir, si se sigue la idea de la conformación normativa del injusto de la tentativa, nunca puede soslayarse el efecto comunicativo que posee esta. Es decir, *cuán racional* ha sido respecto del mensaje prescriptivo de la norma defraudada¹⁷⁵. Las conductas idóneas representan *ex ante* comportamientos en contradicción absoluta con el deber de conducta, toda vez que, con la concurrencia del dolo típico y el comienzo de ejecución, *ex ante*, se puede lograr lo prohibido o no ejecutar lo requerido, constituyendo el no reconocimiento de la validez de la esfera jurídica ajena. Es decir, lo penalmente idóneo expresa racionalmente que la expectativa defraudada no debe regir y que el entramado de vinculaciones entre las esferas jurídicas en interacción debe configurarse en sentido contrario a lo prescripto por la norma.

En cambio, en las conductas categorizadas como inidóneas no siempre encontramos esta entidad comunicativa. Sólo es punible una tentativa inidónea cuando de modo general resulta tal *ex post*, en virtud de que el dolo en el comienzo de ejecución del hecho puede interpretarse como infracción primaria a la norma penal. Al contrario, sí la inidoneidad se presenta desde el

¹⁷⁵ La persona con su comportamiento debe poner de manifiesto la infracción de una norma verdaderamente existente desde el punto de vista comunicativo. Sólo la organización racional puede ser penalmente relevante.

inicio (*ex ante*) se tratará de un delito imposible¹⁷⁶, que en términos equivalentes se trataría de un comportamiento burdamente insensato según el §23.III del StGB alemán.

De acuerdo con esto, la inidoneidad punible tiene menor entidad comunicativa de contradicción a la norma por estar *ex post* determinada. No se trata de azar causal, sino que el modo en que la persona configura su ámbito de organización o ejecuta el rol institucional del que es garante demuestra un déficit que impide una defraudación absoluta de la expectativa normativa que sobre ella recae. Esto genera que pueda desistir haciendo menos. Sólo basta con omitir continuar actuando si de acuerdo con su representación no ha advertido o comprendido el déficit real de su comportamiento, se reputase inacabado o acabado. En otras palabras, el desistimiento de la tentativa inidónea requiere solo la readaptación del dolo.

La tesis expuesta sobre la tentativa inidónea y su entidad comunicativa puede insertarse en las tres conocidas categorías de inidoneidades que clasifica la doctrina dominante: en el medio, en el objeto o en el sujeto. En esta conjunción debe analizarse qué aspectos del comportamiento, *ex ante*, impiden que la persona logre vulnerar absolutamente la norma penal. Según cuál sea, algunas conductas serán punibles, otras impunes.

En efecto, si el déficit de configuración se sitúa en el *modo de organización de la esfera jurídica o de ejecución del rol institucional* (que la doctrina usualmente identifica como inidoneidad en el medio), cabe diferenciar si la conducta adoptada es aquella que, en otra situación, podía en su contexto social defraudar efectivamente la expectativa normativa, o de ninguna manera podía lograrlo. En el primer supuesto, se puede mencionar el típico caso del arma descargada con la que se intenta matar, o la imitación de moneda de curso legal con tinta común en lugar de la tinta especial que se emplea para su emisión, o la utilización de una clave incorrecta para transferir fondos de una cuenta bancaria ajena hacia otra propia. En el segundo supuesto, encontramos el caso del suministro de azúcar a una persona no diabética con la esperanza de lograr su muerte, o quien evoca a los dioses para provocar la muerte de otra persona. La primera constelación de supuestos arroja que la conducta resulta racional en torno a la expectativa normativa que encierra el deber primario de la norma penal, sólo que *ex post* presenta un déficit en la configuración externa que impide su defraudación efectiva. Aquello relativiza lo socialmente defectuoso, dejando subsistente una mínima necesidad del castigo porque lo inicialmente asertivo del comportamiento se extiende más allá de lo ocurrido (razones retributivas y de prevención general positiva). En la segunda constelación de casos de ninguna forma se logra, siquiera, superar el comienzo de ejecución. Tal como lo expone Jakobs, la persona en estos casos pone de manifiesto que no se rige por la norma en sentido material a

¹⁷⁶ Conf. artículo 44, última parte, Código Penal argentino.

través de un comportamiento externo. No se infringe una norma que sólo existe en la imaginación. Este déficit absoluto de configuración no resulta contradictorio del deber de conducta a observar. Lo ocurrido se puede procesar como una irrelevante expresión de autonomía interna, no reconducible como externalización socialmente disvaliosa frente a la norma penal.

Particularmente, en el ámbito de los delitos de infracción de deber, la persona es garante de no exteriorizar comportamientos que impliquen una comunicación incompatible con la institución. Por ejemplo, quien es tesorero de una empresa pública de electricidad no debe desviar fondos reservados hacia actividades que no tengan relación con la prestación del servicio, como podría ser un acuerdo con una empresa de sillas para regalar a la comunidad a fin de año. El *intraneus* -garante por la posición institucional- puede suponer erróneamente que la ejecución de un modo determinado le permitirá desviar el cumplimiento de su deber de actuación, aunque *ex post* no produce imputación de efecto institucional alguno, por lo que convierte en inidónea a la conducta. Por ejemplo, quien presupone que una presentación por correo electrónico al jefe del ente recaudador satisface la obligación tributaria de declarar formalmente impuestos y lo hace declarando un importe menor para evadir el pago de la obligación. En ese caso, es posible establecer una relación de sentido con el deber de conducta que encierra la expectativa normativa.

Ahora bien, si el déficit está en la *esfera jurídica ajena* hacia la cual se orienta la conducta (que la doctrina tradicional identifica como *inidoneidad en el objeto*), debemos distinguir si lo comunicado por la persona que actúa u omite es el cuestionamiento de la norma de la que emana el deber en cuanto tal, solo condicionado por un inexistente dato material, o se trata de una valoración absolutamente errada por quien actúa u omite. La primera alternativa se puede resolver como una tentativa inidónea, pues el déficit que presenta el comportamiento no impide que adquiera una relación de sentido con la expectativa contenida en el deber primario. Supongamos el carterista que introduce su mano en el bolsillo de la víctima, que se encontraba vacío, sin objetos para sustraer. Ciertamente, esta persona con su modo de obrar está cuestionando las expectativas de no intromisión en el ámbito de intimidad ajeno y de afectación de la propiedad ajena. Lo mismo cabría pensar en el caso del sicario que llega hasta la habitación de la víctima, a la que presupone durmiendo en su cama, ingresa y efectúa varios disparos hacia lo que parecía ser una persona arropada por mantas. Luego se acerca, despliega las frazadas y advierte que no era la víctima, sino un maniquí. Aunque *ex post* resulte frustrada la posibilidad de apoderarse de bienes que hubiere dentro del bolsillo (billetera, celular, documentos personales, tarjetas, etc.) o de matar, volviendo al parámetro de valoración de sí la conducta es

de aquellas que en su contexto social, en otra situación, puede o no defraudar efectivamente una expectativa normativa. La conclusión es que existe en estos comportamientos una contradicción asertiva del deber dada por una comunicación en infracción con la norma penal que se extiende más allá de lo ocurrido. Vale decir, una tentativa inidónea de hurto y una tentativa inidónea de homicidio en principio punibles. En la segunda alternativa, la persona actúa precedida desde el inicio de una valoración errada del ámbito de protección de la norma. Por ejemplo, quien se encuentra frente a una cosa mueble abandonado que toma suponiendo que es ajena. Dicho comportamiento no guarda relación de sentido con el deber penalmente garantizado de respeto hacia la propiedad privada. Aquello se puede procesar como una expresión penalmente irrelevante del ámbito de autonomía personal. Particularmente se resuelve como un comportamiento putativo puesto que se desarrolla dentro de un contexto social permitido, atípico.

Por otra parte, el déficit se puede presentar en la *suposición errónea de un estatus* cuando la persona cree ostentar un rol institucional del que realmente es ajeno. Aquí no cabe considerar este déficit dentro del modo de organización de la propia esfera jurídica. Se trata de una arrogación errónea de un estatus y de deberes. Jakobs señala que un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (v. gr., un funcionario público, los padres, etc.) o bien integra a un obligado con la institución (v. gr., el testigo en un proceso judicial). Las reglas de la institución sólo las puede vulnerar quien esté sujeto/a a ellas. O sea, especialmente obligado/a¹⁷⁷. En estos supuestos no hay una expectativa normativa defraudada. El déficit indica que la arrogación supone una situación normativamente inexistente que no vincula con la norma penal al o la pretense/a infractor/a. Por ejemplo, quien cree haber recibido una cédula de nombramiento para un cargo de inspector municipal y se dirige al comercio de su barrio, exhibiendo esta para exigir el pago inmediato de las tasas municipales adeudadas para evitar la clausura del local, o quien creyendo continuar en su declaración en audiencia ante un tribunal, habiendo finalizado esta, afirma falsedades sobre un hecho determinado. En el primer caso no puede ser socialmente tomado en serio como funcionario público, en el segundo habían cesado sus deberes procesales como testigo. Ambos supuestos serían tentativas inidóneas no punibles, tratándose como delitos putativos.

Sin embargo, el principio se invierte si el o la *intraneus* (quien sí se encuentra vinculado/a a la institución) supone erróneamente que se configura un ámbito de incumbencia de sus deberes de actuación que le exige actuar. Por ejemplo, el padre confunde a un niño ahogándose

¹⁷⁷ Conf. *Derecho Penal* (1997), p. 878 nm. 46.

con su hijo y no activa el auxilio correspondiente¹⁷⁸. En este caso el comportamiento comunica una relación contradictoria de sentido con la expectativa que encierra el deber de conducta de la norma penal de la relación paterno-filial (“debes garantía de cuidado y auxilio a tus descendientes”). Estaríamos frente a un/a autor/a inidóneo/a que comete una omisión inidónea punible¹⁷⁹.

Con el análisis expresado, los comportamientos *ex ante* idóneos afectan directamente el potencial de protección de una esfera jurídica ajena y expresan un mensaje asertivo de contradicción hacia la norma por la no observancia del rol que infringe la persona. Esta situación normativamente se traduce en una pérdida de autonomía personal, que se proyecta hacia la consumación con su absoluta y correlativa reacción penal más severa. Al contrario, en los comportamientos *ex post* inidóneos la afectación de la esfera jurídica ajena resulta ser mínima.

Sólo aquella conducta que exponga un sentido de contradicción racional hacia a la norma podrá legitimar su castigo siempre y cuando, en otra situación, pueda ser interpretable más allá de una expresión penalmente irrelevante del ámbito de autonomía personal. En este contexto, el deber de desistir debe ejercerse cuando existe un mínimo de autonomía por parte del o de la agente, hasta la oportunidad de que se consume la infracción total sobre la norma penal. Así, la conducta desistida no significaría la atipicidad del comportamiento, tampoco una causa de exclusión de la antijuricidad¹⁸⁰. El desistimiento normativamente debería considerarse como una *causa de exclusión personal de la punibilidad*, pues la persona reorienta su conducta hacia el cumplimiento de la expectativa que encierra su rol como expresión de autonomía que le reconoce el orden jurídico, sin anular, sino disminuir al mínimo, el injusto culpable que representa la tentativa resuelta¹⁸¹.

¹⁷⁸ Ejemplo extraído de Roxin, referido al caso del padre que erróneamente confunde a un niño en peligro por su hijo y permanece inactivo cuando era necesario que intentase su salvamento. La solución que ofrece es imputar una tentativa de homicidio en comisión por omisión, sin precisar lo referido a la posición de garantía erróneamente supuesta (conf. *Derecho Penal* (2014), p. 558 y 561 nm. 353 y 360).

¹⁷⁹ El error en las normas pre-típicas (sobre las condiciones jurídicas para la aparición del deber) no impide la existencia de una tentativa siempre que el o la autor/a defina correctamente (valoración paralela en la esfera del o de la profano/a) el objeto inmediato de la remisión (conf. Roxin, *Derecho Penal* (2014), p. 584 nm. 414).

¹⁸⁰ Conf. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (2005), pp. 655 y ss.

¹⁸¹ Esta posición se toma de Jakobs, quien sostiene que sólo en la medida en que el autor domine todavía con seguridad, de acuerdo con su plan, los riesgos generados por encima del nivel permitido puede quedar completamente exento de pena modificando -voluntariamente- la orientación de su conducta. Por ello, un peligro que basta para la tentativa si el autor lo crea conscientemente excluye el desistimiento si el autor conscientemente lo deja subsistir. Si el autor no neutraliza el riesgo, aunque podía hacerlo, queda obligado en esa medida al cumplimiento de sus deberes de evitación. (conf. *El desistimiento como modificación...* (2006), pp. 536-537 y 545; el mismo, *Derecho Penal* (1997), pp. 926-927 nm. 48 y 50). Sancinetti indica que el efecto se trata de una «excusa absolutoria» (conf. *Teoría del Delito...* (1991), pp. 437 y ss.). Roxin asume una «teoría modificada de los fines de la pena» por medio de la cual señala no existen razones preventivo general y preventivo especial de necesidad de castigo (conf. *Derecho Penal* (2014), pp. 592-594 nm. 7-10). Las razones de todo esto pueden verse en extenso en el Capítulo VI apartado 5 (p. 210).

VIII. CONCLUSIONES

1. La investigación muestra, al menos, una parte de la diversidad de criterios teleológico-valorativos para la definición del campo de actuación del *ius puniendi* en general y para la tentativa en particular. Es ineludible la conformación del sistema penal a partir de estos criterios si se pretende maximizar su esencia instrumental y de garantía (orientación a principios y fines). Para esto no se puede prescindir de los márgenes de seguridad jurídica que aporta la dogmática penal como límite a la arbitrariedad punitiva estatal.

2. Lo que se pone en juego en el *ius puniendi* son dos visiones sobre los fines del Derecho penal y de la pena: la protección de bienes jurídicos, o la protección de la norma jurídico-penal cada vez que se lesiona el deber. La primera concepción parte de la existencia de un daño material, de la lesividad *exterior* a intereses vitales de las personas o de la colectividad que representa el hecho punible. El segundo modelo, por el contrario, toma en cuenta el daño a la vigencia del derecho por la lesión psico-social o simbólica del orden jurídico. Para la primera, el injusto penal encuentra su razón de ser en el desvalor del resultado por la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. En cambio, para la segunda en el desvalor de acción se legitima el injusto penal, que usualmente es identificado como la lesión del deber.

2.a. En la concepción de Welzel el bien jurídico es protegido por la norma de conducta, pero la pretensión de respeto de este se logra mediante la imposición de la sanción penal. El desvalor de la acción supone ya la lesión de aquel, en tanto quebrantamiento de la vigencia del valor de la norma. A su vez, esta lesión se identifica con el desvalor de resultado del injusto, fundiéndose en un único momento sistemático el desvalor de acción y de resultado, desapareciendo dicha diferenciación.

2.b. El bien jurídico como pretensión de respeto no puede ser protegido por la norma de conducta, sino que está ínsito en la norma misma. Su vigencia es protegida a través de la sanción penal de conductas que subjetivamente se dirigen a la lesión de estos objetos y suponen la *expresión* de un menosprecio de tal valor. En nada se diferencia, al menos estructuralmente, el planteamiento de Jakobs del *mantenimiento de la vigencia de la norma*, o el de Pawlik del delito como vulneración del *deber de colaboración para el mantenimiento del estado de libertades*. Ambas tesis son concreciones del Derecho en comunidad que postulaba Hegel.

3. En la investigación se opta por asumir que el objeto del sistema penal debe orientarse hacia la protección de la norma penal. Esto se consigue en última instancia con la pena

impuesta, en parte por razones retributivas en términos hegelianos y en otra por consideraciones de prevención general como reafirmación de la norma vigente para la comunidad.

4. Un análisis del injusto penal proyectado desde la norma penal tiene la ventaja de aportar razones de legitimidad del castigo. Si el fundamento del *ius puniendi* se ancla en la protección de bienes jurídicos, la denominada norma de valoración característicamente selló la orientación del causalismo y del finalismo, conformando la dimensión del injusto necesariamente por el resultado *ex post* ocurrido, intensificando la dimensión del injusto, la culpabilidad y punibilidad correspondiente. Si, en cambio, se fundamenta sobre la protección de la norma penal en su dimensión imperativa como instancia de motivación de la conducta que debe seguir la persona en cumplimiento de la expectativa que encierra su contenido, prevalecerá la denominada norma de determinación sobre la configuración del injusto. La operatividad de esta última norma el causalismo valorativo de Mezger la situaba recién en la culpabilidad. Al contrario, en los planteamientos de Sancinetti, Silva Sánchez o Robles Planas aquella ya *ex ante* resulta decisiva en el injusto y en la medida posterior de responsabilidad.

5. La crítica hacia los planteamientos de Mañalich y Kindhäuser se explican por disociar en estos *à la* Hruschka entre la norma de conducta y las reglas de imputación, ubicando al resultado como propiedad de la antinormatividad constatable *ex post*, quitando contenido de directiva *ex ante* a la norma de conducta, tal como observa Robles Planas.

6. La deficiencia que puede observarse en el planteamiento de Pawlik y en la tesis de Jakobs es que la imputación del injusto y la imposición de pena sólo podría verificarse frente a personas imputables, dejando de lado a inimputables o inculpables, contra quienes se reacciona bajo una lógica de peligrosidad y de finalidad preventiva individual a través de medidas de seguridad.

7. Resultan metodológicamente plausibles los planteamientos que distinguen entre la norma de conducta y la norma de sanción (v. gr. Silva Sánchez, Robles Planas), interpretando que en ambas recaen consideraciones preventivas y político-criminales y en ambas se encuentran dimensiones de deber que caracterizan a la norma penal.

8. Es posible sostener una concepción de norma penal como norma imperativa cuya función sea motivar a las personas a actuar de acuerdo con el valor social que encierra su respeto, a la vez que colma una función de prevención y de mínima intervención. Particularmente un injusto penal conformado como infracción de deber focaliza en la distinción entre la norma de comportamiento y la norma de sanción en el sentido dado por Silva Sánchez como directiva de conducta. La primera abarca tanto a imputables como inimputables, cuya infracción por estos supone la infracción de un deber, que en el esquema de Silva Sánchez

operaría como norma de determinación de la conducta *à la Kaufmann*, toda vez que el actuar de una persona inimputable no puede ser excluido axiológicamente del reconocimiento de su personalidad. En la segunda, concretamente podrá faltar la capacidad de imputabilidad personal a los fines jurídico-penales al momento de la sanción.

8.a. El comportamiento del imputable e inimputable en mayor o menor proporción podrá contener déficits, pero comunican algo frente a la norma penal. Esto vinculado a las dimensiones de injusto y de culpabilidad determinará la medida de la intensidad de la vulneración del deber, aparejando la aplicación de una pena (más o menos grave) o una medida de seguridad (si la primera está excluida por falta de imputación personal).

9. El injusto de la tentativa puede abordarse desde varias perspectivas. Una toma en cuenta el peligro hacia el bien jurídico protegido y consecuentemente la afectación de la expectativa de seguridad de que los intereses (bienes jurídicos) de los/as ciudadanos/as no serán lesionados (Alcácer Guirao). Otra visión legitima el injusto de la tentativa sobre el peligro *ex ante* que esta supone para el bien jurídico, agregando una dimensión de quebrantamiento de la norma y de peligrosidad personal desde el punto de vista preventivo-especial (Roxin). Una tercer variante esgrime que el injusto de la tentativa responde a la infracción de la norma puesta en manifiesto materialmente por medio del comportamiento externo y en sentido formal a través de un comportamiento que la ley declara externo (Jakobs). O, en fin, otra perspectiva asume que este se conforma a través de un comportamiento peligroso para el mantenimiento de un estado de libertades en una comunidad en Derecho, que se refleja en la infracción de deberes de colaboración (Pawlik).

9.a. Teniendo en cuenta las perspectivas de abordaje, en la investigación se asume que el sistema penal normativamente funciona en un contexto social, racional y relacional, donde la acción de imputar un delito implica atribuir a la persona la infracción de un deber que le era de su competencia. De modo tal que se estructura un orden practicable en función de estándares dentro de un determinado rol. Estos garantizan reglas racionales en un mundo desmitificado para atribuir responsabilidad por su incumplimiento (responsabilidad en sentido estricto), no por el resultado ceñido al plano de la causalidad (responsabilidad en sentido amplio, derivada del resultado).

9.b. Los roles están mediados por lo social. Estos adscriben a la persona un ámbito de competencia que genera una expectativa racional de comportamiento futuro (un estándar). Por su función de impregnar de contenido a la norma de comportamiento se convierten en una expectativa social institucionalizada que vincula la subjetividad de la persona con un mundo objetivo en sociedad, haciendo posible la configuración individual de la vida y, a la vez, que lo

subjetivo sea accesible a los demás para lograr el entendimiento. Consecuentemente, no responde quien haya sólo causado el resultado, sino que este pueda ser normativamente imputado. Precisamente el rol dota de contenido general al modelo de conducta de quien se encuentra en la posición de llevar adelante el comportamiento debido.

9.c. Una propuesta para abordar el injusto de la tentativa es definir a este como una injerencia no permitida en esferas jurídicas ajenas, individuales o comunitarias (lo que incluye al Estado e intereses colectivos como el medio ambiente), donde el comienzo de ejecución de esta vulnera la norma de conducta primaria por el hecho contrario a la competencia de la persona, en tanto portadora de roles determinados bajo los cuales la norma se materializa como expectativa de conducta prohibida o requerida. La expectativa mínima de base es mantener una actitud de fidelidad ante el Derecho. La infracción de aquella abre la posibilidad de la imposición de una pena que reafirme cuál es el modelo de orientación vigente en la comunidad. La pena implica para la persona el deber de soportar una grave vulneración en sus derechos, en tanto persona en Derecho.

10. El comienzo de ejecución en términos tradicionales se ha entendido como puesta en peligro de un bien jurídico. No obstante, desde una perspectiva normativa puede entenderse en sentido de imputación como *lesión del deber de proteger la norma primaria*.

10.a. Aquella infracción primaria anida, a su vez, una expectativa *agregada* de readecuación al rol, que se circunscribe en un *deber de evitar* la defraudación de la norma penalmente garantizada a través del *ejercicio del desistimiento* antes de consumir absolutamente el riesgo penalmente prohibido. En suma, el comienzo de ejecución implica la imputación del abandono del ámbito de autonomía interna (impune) de la persona por el ejercicio inadecuado de su rol y el ingreso no permitido en una esfera jurídica ajena (riesgo jurídicamente desaprobado materializado en la conducta externa penalmente relevante), que expresa un sentido racional de contraposición a la expectativa regida por la norma penalmente garantizada, cuyo límite para readecuarse es hasta la consumación.

11. El injusto de la tentativa contiene un menor juicio de reproche en comparación al peso de este en el delito consumado donde la persona infringe absolutamente su rol. En aquel comunica un mensaje de contradicción total frente a la norma penal, perdiendo su autonomía hace inmodificable su modo de comunicación.

11.a. La conjunción entre lesividad, culpabilidad e *in dubio pro-reo* (más allá de la función procesal de este último) puede explicar la menor reacción frente al injusto de la tentativa porque *ex ante* no es posible determinar si quien actúa desistirá de su comportamiento. En cambio, en la consumación *ex post* no hay duda. De modo que existe una diferenciación de

intensidad del injusto entre la tentativa y la consumación, que es legalmente receptada en marcos penales diferenciables.

12. Desde la perspectiva de teoría de las normas, la problemática del desistimiento en la tentativa repercute sobre la norma de comportamiento disminuyendo al mínimo el injusto y la culpabilidad de quien desiste (Jakobs). A la vez, el desistimiento juega como causa de exclusión personal de la punibilidad en cuanto a la dimensión operativa sobre la norma de sanción. La readecuación de la conducta a su conformidad con la norma penalmente garantizada explica que el hecho fue comunicativamente readaptado para sí y para la generalidad expresando la persona la autonomía que le reconoce el orden jurídico.

12.a. El deber de desistir debe ejercerse hasta la oportunidad de que se consume la infracción total sobre la norma penal, mientras exista un mínimo de autonomía por parte de quien actúa. La voluntariedad del desistimiento es, como el hecho mismo, objeto de imputación. Si el desistimiento se considera un deber dentro de la dimensión de motivación en términos de directiva de conducta, la reversión objetivamente debe presentarse como el fracaso dirigido de propia mano o contrario a lo usualmente esperable (v. gr. razones del delincuente), lo que determinará con alta probabilidad que este es voluntario (idea que se infiere de las posiciones de Roxin y Jakobs).

12.b. La persona durante la tentativa con su comportamiento pierde posibilidades de cumplir el deber de desistir a medida que se introduce con mayor intensidad en la esfera jurídica no permitida. Bajo esta premisa se pueden extraer grados de ilicitud interna del injusto tentado. Particularmente, el binomio de tentativa acabada-inacabada e idónea-inidónea, en parte, asigna *amplitud* al deber de desistir y, en otra, adscribe *entidad comunicativa* a la conducta en infracción a la norma penal. Estas categorías surgen de la interrelación entre los principios de lesividad y de culpabilidad, cuya utilidad tiene efectos sistémicos específicos al otorgar grados de injusto al comportamiento prohibido (ilicitud) y gravitar sobre la medida de la culpabilidad, lo cual incide de manera directa en la determinación de la pena.

13. La distinción entre tentativa acabada e inacabada, vinculada al deber de desistir, permitiría sustentar la autonomía normativa de la imputación por tentativa frente a la consumación. Estas categorías se asientan en la *intensidad* en la contradicción que el comportamiento genera ante la norma penal defraudada desde el comienzo de ejecución. La contradicción comunicativa de la concreción del proyecto criminal frente a la norma penal *aumenta* a medida que el o la agente no ejerce voluntariamente la instancia de desistir de este y correlativamente pierde posibilidades de control del riesgo de frustración o consumación.

13.a. El injusto de la tentativa acabada no es idéntico al del delito consumado porque se trata de entidades comunicativamente autónomas y diferenciables. La razón de esto es que en la primera se puede desistir porque quien actúa conserva aún un mínimo de autonomía personal para el ejercicio de esta facultad. El resultado total del injusto no desistido es la consumación como imputación de la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado, configurado como comunicación defectuosa que defrauda expectativas penalmente garantizadas por incumplimiento de los deberes de protección primaria y de desistir. Con posterioridad a la consumación, cualquier comportamiento es irrelevante para la configuración del injusto reprochable, lo cual únicamente puede incidir en la mensuración de la pena.

14. Se imputa tentativa, no consumación, ante la interrupción del comportamiento prohibido por una causa ajena a la esfera de organización o marco institucional de actuación de la persona. Por esto, la conjunción entre comienzo de ejecución y ausencia o imposibilidad de desistimiento habilitan la aplicación de la norma de sanción como configuración irreversible del injusto, que puede alcanzar la consumación como hecho formalmente completo del tipo penal o quedar interrumpido por una causa ajena a la voluntad de quien actúa que anula su competencia para readaptarse al requerimiento de la norma.

15. La *entidad comunicativa* de la tentativa se vincula íntimamente a la distinción entre idoneidad e inidoneidad. La decisión puesta en práctica para la conformación del dolo referido a algún tipo penal importa que la representación ejecutada sea contraria a una norma penal relevante desde un punto de vista social. Esto es, que se efectúe con arreglo a un juicio general en una sociedad determinada que considere que *X* es comienzo de ejecución del tipo *Y*. Así solo puede importar al Derecho penal la sanción de conductas que ponen verdaderamente en tela de juicio la configuración de una expectativa de comportamiento penalmente garantizada.

15.a. Las conductas idóneas representan *ex ante* una contradicción absoluta al deber, pues la concurrencia del dolo típico al comienzo de ejecución significa que puede lograr lo prohibido u omitir lo requerido, constituyendo ese comportamiento el no reconocimiento de la validez de la esfera jurídica ajena, expresado racionalmente por el mensaje de falta de vigencia de la expectativa defraudada y que el entramado de vinculaciones entre las esferas jurídicas debe configurarse en sentido contrario a lo normativamente estipulado. Por este mensaje asertivo de contradicción y la afectación directa al potencial de protección de la esfera jurídica ajena que caracteriza a los comportamientos *ex ante* idóneos, existe una real pérdida de autonomía personal que se proyecta hacia la consumación y debe recibir una correlativa reacción penal más severa.

15.b. La conceptualización dada sobre la tentativa idónea limita la sanción penal a las tentativas inidóneas que *ex post*, de modo general, en virtud del dolo comunicado al comienzo de la ejecución, en otra situación puedan ser interpretadas más allá de una expresión penalmente irrelevante del ámbito de autonomía personal de quien actúa. Al contrario, sí la inidoneidad se presenta *ex ante* (desde el inicio) se tratará de un delito imposible. De acuerdo con esto, la inidoneidad punible debe tener menor entidad comunicativa de contradicción porque la afectación de la esfera jurídica ajena resulta ser mínima frente al comportamiento *ex ante* idóneo. La inidoneidad no se trata de azar causal, sino del singular modo en que la persona configura su ámbito de organización o ejecuta el rol institucional del que es garante que contiene un déficit que impide la defraudación absoluta de la expectativa normativa que le concierna. Esto genera que se pueda desistir de la tentativa inidónea haciendo menos. Tan sólo basta con readaptar el dolo al omitir continuar actuando de acuerdo con su representación, si hasta ese momento no advirtió o comprendió el déficit real de su comportamiento.

16. De esta manera, el injusto de la tentativa es comunicación socialmente disvaliosa, normativamente conformada, que no aparece de modo imperfecto, sino que se legitima autónomamente como la infracción a un deber primario de protección de la norma penalmente garantizada que instituye la obligación de mantener la indemnidad de esta. Hacia el *interior* de este existen grados de injusto (tentativa acabada e inacabada) y hacia el exterior se distinguen momentos normativamente diferenciables con el injusto consumado. Se logra converger, así, en la configuración de una norma penal compleja, de la que emanan deberes parciales y cumulativos orientados por roles que generan expectativas de conducta que, a su vez, proveen de contenido suficiente a la norma para motivar a las personas en Derecho a llevar adelante comportamientos adecuados para una pacífica y organizada convivencia social. Con lo cual, se aborda el fundamento material del injusto de la tentativa distinguiendo a este de la consumación, puesto que en esta se vulneraría de forma absoluta la norma penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Penal de la República Argentina. Comentado. Concordado con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires, 2014.
- Alcácer Guirao, Rafael:
 - *La tentativa inidónea*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.
 - *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, Edisofer, 2001.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- Carnevali Rodríguez, Raúl, *Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada: una propuesta a modo de lege ferenda*, Revista de derecho (Coquimbo), 2014, vol. 21, no 2, p. 61-101 (indexado por SciELO).
- Domínguez Correa, Marcelo, *El desistimiento de la tentativa*, Buenos Aires, BdeF, 2013.
- Fejoo Sánchez, Bernardo, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, BdeF, Buenos Aires, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.
- Gómez-Jara Diez, Carlos, *Una teoría constructivista de la pena: La retribución comunicativa*, en El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Colombia, Universidad de Externado, 2008, pp. 105-124.
- Gómez Urso, Facundo, *Tipicidad penal: origen, evolución histórica, características, funciones y elementos del tipo penal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2005.
- Greco, Luis, *Dolo sin voluntad. Wilful misconduct without Will*, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, pp. 10-38 [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6074004.pdf>] (consultada 18/02/2021).
- Huergo, María Victoria, *Nuevas tendencias en torno al dolo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Revista Intercambio Nro. 18, Especialización en Derecho Penal, agosto 2019 [<https://revistas.unlp.edu.ar/intercambios/article/view/8068/6989>] (consultada 18/02/2021).
- Jakobs, Günther:
 - *Dolus malus* (2009) (4), InDret Penal.
 - *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Trad. de Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2008.
 - *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, en Moderna dogmática penal. Estudios compilados, Porrúa, México, 2006, pp. 661-690.
 - *El concepto jurídico penal de acción*, en Moderna dogmática penal. Estudios compilados, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 44-76.
 - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en Moderna dogmática penal. Estudios compilados, Ed. Porrúa, México, 2006, pp.
 - *El principio de culpabilidad*, en Moderna dogmática penal. Estudios compilados, Ed. Porrúa, México, 2006, pp.
 - *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996.
- Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2002.
- Kindhäuser, Urs:
 - *La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad*, en *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 68-114.
 - *Acción y norma en el Derecho penal*, en *Normativismo en Derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*, ConTexto, Resistencia, 2011, pp. 69-99.
- Kiss, Alejandro, *Delito de peligro concreto y acción peligrosa*, en *Dogmática Penal. Entre naturalismo y normativismo*, Libro en homenaje a Eberhard Struensee, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo:
 - *La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica* (2017) (2), *Revista Chileno de Derecho*, vol. 44, pp. 461-493.
 - *La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales*, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004, pp. 137-175.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: parte general*, BdeF, Montevideo, 2016.
- Montiel, Juan Pablo, *¿Existen las Obliegenheiten en Derecho penal?* (2014) (4), *InDret Penal*.
- Núñez Paz, Miguel Ángel, *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003.
- Pawlik, Micahel:
 - *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019.
 - *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016.
 - *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* (2016) (2), *InDret Penal*.
 - *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- Polaino-Orts, Miguel, *Normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla*, en *Normativismo en Derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*, ConTexto, Resistencia, 2011, pp. 109-124.
- Ragués i Vallès, Ramón, *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*, *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, núm. 13 (2014), Alicante, pp.11-38 [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/mejor-no-saber-sobre-la-doctrina-de-la-ignorancia-deliberada-en-derecho-penal/>] (consultada 18/02/2021).
- Reyes Alvarado, Yesid, *El delito de tentativa*, BdeF, Buenos Aires, 2016.
- Righi, Esteban, *Derecho Penal: Parte General*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- Robles Planas, Ricardo,
 - *Normas de conducta* (2019) (1), *InDret Penal*.
 - *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, en *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, BdeF, Buenos Aires, 2015, pp. 27-71.

- Roxin, Claus:
 - *Derecho Penal. Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, Thomson Reuters, Madrid, 2014.
 - *Derecho penal: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.
- Silva Sánchez, Jesús María:
 - *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2019.
 - *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?* (2014) (3), *InDret Penal*.
 - *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosh Editor, Barcelona, 1992.
- Sánchez-Ostiz, Pablo, *¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende* (2015) (1), *InDret Penal*.
- Sancinetti, Marcelo A.:
 - *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
 - *Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- Torres, Ariel Hernán, *La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional*, *Revista Pensamiento Penal*, 2015-08-06 [<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41645-operatividad-del-principio-lesividad-enfoque-constitucional>] (consultada 18/02/2021).
- Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.