

## 12. DOCTRINA ARGENTINA

### ¿RESPONSABILIDAD POR ACCIONES O RESPONSABILIDAD POR RESULTADOS? \*

A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa

MARCELO A. SANCINETTI

#### I. La cuestión

Dada cualquier forma de control social, ella consistirá siempre en hacer responder a una persona por su comportamiento desviado frente a las expectativas del grupo; supondrá necesariamente, por tanto, una teoría de la *responsabilidad*. Ahora, ¿en qué consiste aquello por lo que se hace responsable a alguien?

Para introducir a esta cuestión, piénsese en las primeras experiencias normativas o sancionatorias de nuestra vida.

(\*) Conferencia pronunciada por el autor primeramente ante un grupo de estudio conducido por el Dr. Leopoldo H. Schifffrin, juez de la Cámara Federal de La Plata, el 21.04.1994. Luego fue reiterada en versión prácticamente idéntica en el VI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, el 26.08.1994, en San Miguel de Tucumán, bajo el título: *Fundamento del ilícito penal: ¿lesión del bien jurídico o quebrantamiento de la norma? A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa*. Bajo el título originario fue pronunciada también el 09.09.1994 en el curso de posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral (Santa Fe); el 14.10.1994, en el Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires); y el 28.10.1994, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes). En esa versión fue enviada a publicación a diversos países de América Latina

Ejemplo: Un niño travieso arroja una piedra contra el parabrisas del automóvil de su padre que observa desde lejos con atención. La piedra da en la parte cromada de uno de los ángulos superiores de los parantes, y, sólo por ello, ni los cristales ni la carrocería resultan afectados. Ni siquiera se distingue el sitio del impacto de la piedra.

Hasta aquí el hecho, ahora la reacción. El padre del niño se abalanza sobre él, ofuscado, lo zamarrea de un brazo, y le dice:

—Si llegabas a romper el parabrisas no salías a jugar en todo el año.

Un hermano del niño travieso, mucho más reflexivo que su papá y testigo de la situación, queda bien contrariado. Él se pregunta a sí mismo:

(Colombia, Perú, Uruguay). Finalmente, el 25.08 y el 29.08.1995 el texto fue leído por el autor en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (Trelew-Chubut) y en la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires), respectivamente. Esta última versión —que aquí se publica— incluye un punto no contenido antes, ni considerado tampoco en anteriores publicaciones del autor, a saber: el que la individualización de la pena concreta de una tentativa acabada y de un delito consumado debe caer siempre dentro del *mismo marco penal* aun en el derecho positivo argentino (al respecto, cf. *infra*, VII, B, a). Versión publicada en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal" (Buenos Aires), Año 1, n. 1.

—¿Qué enseñanza quiso darle papá a mi hermano travieso?, ¿que la próxima vez acierte de nuevo justo en el ángulo, para no dañar el vehículo? Seguramente no —se contesta—. Habrá querido inducirlo a que no volviera a hacer lo mismo, justamente porque la piedra *podría* dar en el parabrisas y *romperlo*.

—Pero si las sanciones de papá tuvieran algún sentido, para lo cual se puede dar varias respuestas razonables, ¿por qué debería influir en la gravedad de su reacción, que el vidrio se rompa o no se rompa? ¿Cuál sería el precepto infringido por mi hermano: “no romperás los cristales”, o “no tirarás una piedra en dirección a los cristales”? Y si algún día se repitiera la situación con los resultados previsibles —sigue él en sus reflexiones—, ¿es que sería excesiva la sanción de no salir a jugar en todo el año, o es que ha sido demasiado indulgente esta vez, en que el tiro fracasó, el mero zamarrear de un brazo?

El monólogo de nuestro niño reflexivo podría continuar un rato largo. En cualquier caso, el curso de la conversación sería similar a los principales interrogantes que tiene que elucidar una teoría de la imputación o de la responsabilidad penal. ¿Se responde por lo que *pudo suceder*, o por lo que *sucedio*?, en una palabra: ¿por lo que se *hace*, o por lo que *pasa*?

Cuando alguien se aposta a matar de un tiro y acciona el gatillo, ¿ya ha hecho todo lo que merece reprobación, o falta que su decisión de voluntad se concrete en el éxito, se transforme en una lesión exterior?

## II. La visión resultatista del hecho punible

Si se me exige de presentar una evolución histórica de la teoría del ilícito —que ha pasado por toda alternativa posible de explicación del contenido de una norma y su infracción—, habré de tomar directamente como blanco de crítica la

idea, mui difundida en América Latina, de que una teoría de la imputación que *no* parta de las consecuencias *causales*, concretamente lesivas, dadas en el mundo exterior, lesionaría principios esenciales del estado de derecho, en particular, el patrimonio liberal de que “las acciones privadas de derecho, en particular, el patrimonio liberal de que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados” (para formularlo con el lenguaje del art. 19 de nuestra Constitución).

La doctrina argentina en particular identificó muchas veces el derecho penal propio de un estado liberal con un derecho penal *de lesión*, por oposición a un derecho penal *de puesta en peligro*. Esta fue la posición, por ejemplo, de Sebastián Soler, en un ardoroso opúsculo sobre las *Bases ideológicas de la reforma penal*,<sup>1</sup> que tenía por finalidad —además de alabar su proyecto de 1960— el criticar duramente las corrientes positivistas anteriores y posteriores a la época de su *Tratado*, toda forma de derecho penal autoritario, y, en particular, las traumáticas experiencias del nacional-socialismo.

Las contradicciones de esta posición se ven muy claras, si uno atiende a la dureza con que Soler criticaba en ese trabajo al positivismo criminológico, por pretender “la supresión de la idea de responsabilidad subjetiva, de mérito o de reprochabilidad”<sup>2</sup>. Sería muy difícil vencer a nuestro niño reflexivo, por ejemplo, de que la reprochabilidad es mayor si la piedra pega realmente en el lugar elegido. Si Soler hubiera vinculado más estrechamente su definición de que el derecho penal es un conjunto de nor-

(1) Soler, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966.

(2) Soler, *Bases*, p. 10 (véase allí también la nota 1, especialmente *in fine*, p. 11).

mas aseguradas con “amenaza de sanción retributiva”, con la idea de que se trata de retribuir según el *mérito* o la *reprochabilidad*, habría debido advertir que el resultado del hecho, la lesión, ocupa un lugar incómodo: se retribuiría así un suceso, no una acción por lo reprochable que fue. Soler no fue aquí tan reflexivo como el niño de nuestro ejemplo.

Muchos años después de Soler, sin embargo, el jusfilósofo argentino, desaparecido hace no mucho tiempo, Carlos Nino, formuló una —así entendida y denominada por él— *teoría “liberal” del delito*<sup>3</sup>, cuyo punto neurálgico consistía en que el *daño* era la base de la responsabilidad penal. Nino formuló un silogismo, que tenía más o menos esta configuración:

- a) la ley penal sólo puede estar destinada a prevenir las conductas perjudiciales para terceros;
- b) la conducta punible debe ser una de las que la ley trató de prevenir;
- c) *ergo*, la conducta sólo puede ser punible, en un caso concreto, si produce efectivamente el daño que la ley quería evitar<sup>4</sup>.

Según Nino, la razón la tiene, entonces, el padre ofuscado, no el hijo reflexivo. Sin embargo, el punto de partida de que la ley puede *prevenir* daños supone un modelo de norma penal que tiende a

la *disuación* de la conducta desviada, es decir, supone que la amenaza de una sanción tiene un sentido contra-motivador. Ahora bien, en el momento en que la norma *disuade*, o “*quiere*” *disuadir*, *prevenir*, la conducta no ha causado aún ningún daño; se trata de disuadir del daño que la acción *podría* causar. Por tanto, de la premisa de que la ley debe prevenir perjuicios a terceros, y de que la acción a disuadir debe ser de aquellas que la ley trató de prevenir, no se deriva ninguna conclusión a favor de la relevancia del resultado posterior, todo lo contrario: el modelo de disuasión sólo exige lo siguiente: *tú no debes realizar un comportamiento del que se pueda derivar un perjuicio a terceros*.

El requisito de que la acción concreta debe causar el daño que se quería evitar, entonces, no responde a las premisas, entra sorpresivamente por la puerta del fondo. Un modelo de norma que pretende motivar sólo puede hablar a favor de una relación de oposición entre norma y acción, una oposición que, a más tardar, *rige hasta el último instante en que el autor puede tomar aún una decisión de acción*. Cuando ya no puede influir más sobre el suceso, ya no hay nada que imputar, porque al autor no le queda nada por hacer. Pero es que el resultado se produce *siempre después* de ese último instante de relación entre norma y autor, justamente cuando ya no hay nada que imputar, porque no resta nada por hacer.

### III. Bien jurídico y quebrantamiento de la norma

No se puede derivar ninguna conclusión contraria a partir de la teoría tradicional del bien jurídico, invocada generalmente para definir el ilícito como lesión del bien jurídico. Así sucede, por ejemplo, hasta en un finalista como Eugenio Raúl Zaffaroni: “Cuando el bien jurídico o su afectación, no existen no habrá tipicidad”,

<sup>(3)</sup> Nino, *Los límites de la responsabilidad penal, Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980.

<sup>(4)</sup> Al respecto, cf. *Los límites*, especialmente el capítulo IV, *El perjuicio como condición de responsabilidad penal*, p. 269 y ss.; contra esto, ya en detalle en mi primer trabajo de tesis, para acceder al grado de doctor por la Universidad de Buenos Aires (1990), publicado luego como *Teoría del delito y disvalor de acción, Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, esp. ps. 79 y ss.

decía en 1973<sup>5</sup> —una opinión que, básicamente, ha mantenido inalterada—. Se supone aquí —al igual que en la obra de Nino— que en razón de que la norma penal queda legitimada por su capacidad de proteger el “bien jurídico tutelado”, la sanción se justifica sólo si el hecho afecta ese “bien”. Es una explicación realmente curiosa: se exige que un objeto real de bien jurídico esté afectado para legitimar la reacción penal, porque ésta está para proteger el bien jurídico; ahora: si el bien jurídico está afectado, ¿qué protección de él podría cumplir realmente la sanción? Parece ya contraintuitivo que el padre ofuscado pueda tener, con sus sanciones, más capacidad de proteger el parabrisas, justamente cuando está roto. Si los “cristales del auto” fuesen realmente el objeto de protección de las sanciones del padre —para dramatizarlo más aun, supóngase que se trata de los últimos cristales del universo—, entonces, no tendría ningún sentido aplicar la sanción cuando el cristal está roto, es decir, cuando ya no existe como bien jurídico. Al contrario, ello debería conducir a reaccionar más fuertemente contra la tentativa fracasada, porque el objeto de la acción todavía se puede seguir protegiendo. Para decirlo en una conocida formulación de Hans Welzel, el orden jurídico “siempre llega demasiado tarde”, como para proteger al bien jurídico<sup>6</sup>.

Ocorre que nada de esto es lo que debe importarle a la teoría de la responsabilidad: el valor comprometido no es la vida

de X, o el cristal de Y, sino el mandato de respeto a la vida o a la propiedad, de X, Y y Z. Lo decisivo es, entonces, refirmar el valor de la norma que prohíbe la conducta respectivamente desviada, no proteger un objeto, que las más de las veces habrá dejado de existir después del hecho. Esto no significa, como se lo entiende a menudo, que el valor a tutelar sea el cumplimiento del deber por el deber mismo. Es verdad que la legitimidad de la norma, y, por tanto, del deber, tiene por fundamento el proteger intereses socialmente valiosos, pero no el proteger un objeto concretamente agredido, sino la confianza general de que objetos de “esta clase” *deben* ser respetados. La conducta del autor, su quebrantamiento de la norma, pone en cuestión esta expectativa: mediante su conducta él expresa que la norma que protege la propiedad no rige para él; la imposición de la pena refirma que esa norma *sí rige, debe* ser respetada. Sólo mediatamente surge a partir de esto una eventual protección general de los *restantes* objetos concretos de bien jurídico<sup>7</sup>.

Con esto no se le quita nada a la teoría tradicional del bien jurídico, en su función de legitimar cada una de las normas, sólo se le quita aquello que es nocivo, es decir: la creencia de que el contenido de una infracción se determine por el grado de lesión a un bien físico, del mundo de la naturaleza.

#### IV. El disvalor de resultado como resabio del pensamiento primitivo

No por casualidad hablo aquí del “mundo de la naturaleza”. A Hans Kelsen se debe que sea una cuestión básicamente reconocida por la ciencia jurídica de este siglo, el diferente plano en que se desenvuelve el *derecho*, con relación a las *ciencias naturales*. La aceptación de un ámbito del deber ser, como conceptualmente diverso del mundo del ser, se presenta hoy como algo no controvertido

<sup>(5)</sup> Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973, p. 241, § 14, c. 1; véase también todo el § 13 (ps. 213-228).

<sup>(6)</sup> Welzel, *Strafrecht*, p. 3. De todos modos, la posición de Welzel en torno de esto es conocidamente ambivalente; al respecto, cf. mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, esp. 105 y ss. (en polémica con Juan Bustos Ramírez); de modo probablemente similar, Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, ps. 89 y ss.

do. A la notable investigación de Kelsen *Sociedad y naturaleza*<sup>8</sup> (así reza el título de la versión inglesa, algo reformada, de una obra publicada primeramente en alemán como: *Retribución y causalidad*<sup>9</sup>) se debe el saber que aquella diferencia no era clara para el pensamiento primitivo. Y no porque el hombre primitivo identificara todo fenómeno como “natural”, o derivara conclusiones éticas, de deber ser, a partir de premisas no éticas, del mundo del ser (la llamada “falacia naturalista”). Justamente, este pensamiento ni siquiera sabe de la existencia de “leyes naturales”, como tales. Ya la expresión “ley natural” es un atropomorfismo, o sociomorfismo, porque evoca la idea de que lo empírico, lo que sucede, pudiera obedecer a una ley, es decir, sugiere una confusión entre causa e infracción: “¿a qué se *debe* este hecho?”

La interpretación normativa de la naturaleza lleva a trasladar los criterios de convivencia y relación social entre los hombres, entre ellos y los animales, y aun entre ellos y las cosas. Relata Kelsen que un jefe *cafre* llegó a decretar en cierta ocasión:

—No permito a nadie en mi tierra que muera, a no ser de vejez<sup>10</sup>.

(7) Presento aquí de una manera breve la posición de la teoría de la prevención general positiva, al respecto, cf. por todos Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (Lehrbuch)*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin-New York, 1991, 1/4 y ss.

(8) Kelsen, *Society and Nature, A Sociological Inquiry*, Chicago, 1943, London, 1946, traducción castellana (a partir de la edición inglesa) de Jaime Perriau, *Sociedad y Naturaleza, Una investigación sociológica*, Buenos Aires, 1945.

(9) Kelsen, *Vergeltung und Kausalität, Eine Soziologische Untersuchung*, Den Haag, 1941.

(10) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, p. 35 de la versión castellana (este párrafo no se halla en la primera versión alemana de este texto [véase la referencia de nota 9]).

También cuenta que los nativos *kpelle*, en caso de guerra, ruegan a sus flechas y sus lanzas que, por favor, no yerren el blanco<sup>11</sup>. La idea de una muerte natural, como tal, no existe; siempre habrá, detrás, una “mala voluntad”<sup>12</sup>.

En el pensamiento del hombre primitivo se comprende el carácter constitutivo del resultado: al no existir ninguna distinción conceptual entre “ley” en sentido normativo y “ley” en sentido natural, causal, no pudo haber ninguna disociación entre *voluntad* y *causalidad*. No hay otra teoría de la causalidad que una teoría de la imputación<sup>13</sup>.

De aquí hay sólo un paso para hacer la asociación inversa, en la versión moderna de un pensamiento igualmente primitivo: sólo se puede imputar la producción de un *efecto*; se responde, pues, por las malas *consecuencias*. Los dioses señalan al autor del hecho consumado como más “malo” que al autor de tentativa.

Pero la razón sabe que cada efecto tiene un número indefinido de causas, y cada causa, un número indefinido de efectos. Si se es más severo con aquel que logra el resultado que con quien no lo produce —si se actúa, por tanto, como el padre ofuscado— es porque se le atribuye a ambos no sólo la causa consistente en su *acto voluntario*, sino también todas las otras causas concurrentes que no dependían de la voluntad, que no podían ser dominadas por ella en toda su extensión (inclinación justa del brazo para arrojar la piedra, peso de la piedra, resistencia del aire, golpe de viento repentino, movimiento sorpresivo del automóvil, etc.).

La producción efectiva del resultado, como cualquier otro efecto de una causa,

(11) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, p. 52 de la versión castellana.

(12) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, véase esp. ps. 63/71 de la versión castellana.

(13) Sobre todo esto, cf. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 117 y ss.

es, en parte, siempre casual, un producto del azar, del acaso, de la arbitrariedad. Una teoría de la responsabilidad no puede partir de esta deficiencia.

### V. La versión subjetiva del principio de exterioridad

Uno podría formular, pues, un modelo completamente opuesto al de Soler, Nino, Zaffaroni, y una larga cadena de juristas que razonan más bien como el padre ofuscado. La imputación no puede incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, sólo lo que esté en el ámbito de esta decisión puede contraponerse a la norma, porque también sólo en este ámbito puede influir la norma sobre el autor.

Podríamos preguntarnos entonces si este modelo, que restringe el juicio de ilícito al puro disvalor de acción, entendido como disvalor de voluntad, no hace trizas la regla de Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur* (los pensamientos están exentos de pena), que se halla en la base de nuestra tradición jurídica. En el discurso penal moderno, se la conoce como principio *del hecho*, o de *exterioridad del hecho*.

Según yo lo interpreto, la regla del Digesto tiene el mismo sentido que el art. 19 de la Constitución argentina, es decir: ninguna norma puede estar destinada a evitar pensamientos, o acciones privadas de los hombres en general. Si, por ejemplo, uno clasifica a las conductas de auto-lesión en el universo de las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados, el resultado de lesión de sí mismo, como tal, no puede legitimar, por grave que sea, la injerencia estatal, sea que ese daño se produzca o no se produzca; y justamente porque el estado no puede disuadir de realizar esa clase de comportamientos, ni puede refirmar una norma que imponga la autoprotección. Ahora, cuando la acción *tiende* al perjuicio de un tercero, entonces, es legítimamente punible, y, de nuevo, con

independencia de que el daño se produzca o no se produzca.

Mientras la norma sea legítima, por tanto, su infracción no dependerá de qué pase en el mundo exterior, dependerá de cuál sea la decisión de voluntad.

El principio *cogitationis*, así interpretado, o el principio *de exterioridad*, admite una versión subjetiva. Esta versión es plenamente congruente con otra regla del Digesto, mucho más rica en contenido, que es raramente citada por la doctrina nacional: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (en la malas acciones decide la voluntad, no el resultado). Ambos aforismos son completamente contradictorios, si se interpreta al primero en sentido naturalista, como: "prohibido reaccionar contra lo que no aparezca visible en el mundo exterior". Los dos principios se compaginan sólo en su versión *subjetiva*. Formulado de modo *negativo*, ello significa: no es alcanzable por el derecho penal ninguna decisión de voluntad que no se dirija, ya para el propio autor, al mundo exterior, que *incluso a su juicio se mantenga en su propia esfera* (*cogitationis poenam nemo patitur*); formulado de modo *positivo*: es alcanzable por el derecho penal la decisión de voluntad que, según la representación del autor, ya significa que una arrogación *actual* de la esfera *ajena* (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)<sup>14</sup>.

(14) Acerca de esta relación entre las dos máximas del Digesto, cf., con un desarrollo más amplio, la investigación que llevé a cabo en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, presentada luego como trabajo de tesis para acceder al grado de doctor por la Universidad Complutense de Madrid (1994), y que habrá de publicarse por la editorial Temis, bajo el título *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, § 7 (también la versión alemana *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Zugleich eine Untersuchung über die Unrechtsbegründung bei Jakobs*, a publicarse por la editorial Carl Heymanns Verlag).

Aquel que presiona el gatillo de un arma que acaba de ser descargada a sus espaldas, se arroga la posibilidad de matar a otro, en una decisión que reconoce como posiblemente irrevocable: él quebranta la norma que prohíbe el homicidio, como también la quebranta el omitente que, sin riesgo personal, presencia esa acción sin hacer nada por salvar a la víctima putativa a la que debe proteger como garante; que él "no haga nada en el mundo exterior" es una percepción naturalista del fenómeno; normativamente, ha omitido cuando debía actuar.

## VI. Objetividad de la norma y subjetividad de su infracción

Entonces, que la norma se dirija a una *voluntad* no significa que pueda avasallar el *fuero interno*. Para que la decisión de voluntad sea contraria a derecho tiene que configurar una conducta identificada por una norma *legítima* como "conducta prohibida". Esta norma es una norma *objetiva*, que no depende de la voluntad del autor. La representación del autor no puede reemplazar a una norma objetivamente inexistente para el orden jurídico.

Este es el sentido del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. No es que este principio sea necesariamente "liberal", como siempre se lo dice. Uno podría imaginarse como *summum* del estado liberal, a uno que sólo impusiera penas en la medida de las representaciones incluso *normativas* de cada personaje. Aquello que a mí me parezca prohibido está prohibido, lo que yo considere permitido, está permitido. Si se tratara de indagar por un modelo liberal, no habría nada más liberal que eso. Al menos a partir del principio liberal por sí solo, no habría nada que objetar en el hecho de que el derecho se identifique con la moral del autor.

Sin duda el principio de legalidad (no hay crimen ni hay pena sin ley previa) es una garantía (y cualquier garantía se

puede definir como garantía liberal, en tanto le pone un límite al poder del estado); la garantía reza aquí: *el estado no puede hacerme nada si no lo previó antes*; en este sentido, el principio me garantiza *libertad*. Pero si fuera sólo por amor a los principios de la "libertad", no habría nada más sublime que el poder de crear incluso el derecho. Si el principio de legalidad impide esta ilusión es por su ingrediente, justamente, de *autoridad*, es decir, porque también es un principio *autoritario*: El estado es el que determina qué *está* prohibido y qué *no* lo está; la idea de estado es consustancial a la capacidad de *establecer el derecho*.

Las convicciones eventualmente contrarias del autor acerca de lo que se deba hacer no influyen en el juicio de antijuridicidad. Y, como se vio, no porque lo imponga aquí una garantía *liberal*, sino justamente porque el autor no tiene la capacidad de establecer el derecho, carece de la libertad de imponerle a los órganos del estado el deber de aplicar una pena contra lo que no es antijurídico según el juicio objetivo del estado. Si en ciertos casos las representaciones normativas del autor pueden excusarlo, será por razones de inculpabilidad, y en tanto no haya tenido ninguna duda de que el derecho considerase lícito el comportamiento, o en tanto no pudiera cargarse a él su defecto de socialización<sup>15</sup>, y cualesquiera que fueran sus convicciones morales eventualmente diversas.

Por consiguiente, una teoría subjetiva del ilícito presupone siempre la *objetivi-*

<sup>(15)</sup> La cuestión relativa a cuándo se puede considerar inevitable un error de prohibición, es resuelta en general, hoy en día, de modo altamente normativista, y esto significa: importan menos las capacidades individuales concretas en el momento del hecho, que las necesidades de prevención, con o cual, el criterio conduce a cierto regreso al *error juris nocet*. Un exponente de este criterio, Jakobs, *Lehrbuch*, 19/6 y ss., 19/22 y ss., y, especialmente, 19/35 y ss.

dad de la norma penal; sólo la infracción es subjetiva, no la norma infringida. El mensaje del derecho al autor reza más o menos de este modo:

—Yo decido qué es lo que está prohibido y qué sanción te impondré en caso de infracción. Tú decides si observarás o quebrantarás la norma.

Formulado de modo más burdo, pero ilustrativo:

—Yo decido el derecho; tú, los hechos.

## VII. Consecuencias para la teoría de la tentativa

Se impone como evidente que los puntos de partida esbozados hasta aquí convierten a la tentativa en el centro de la teoría de la responsabilidad. La tentativa fue siempre, como dice Eberhard Struensee<sup>16</sup> un “niño problemático” para la teoría objetiva de la imputación. A falta de resultado, se quería introducir el peligro “objetivo” como factor de reemplazo; este resultado menor justificaba la reducción de pena. Pero aun así se abandonaba a la afectación del bien jurídico como fundamento de la antijuridicidad, porque este “peligro” constituía un ilícito, sólo bajo el presupuesto de que hubiera *dolo de lesión*. El comienzo de ejecución era objetivamente “peligroso”; pero era objetivamente peligroso sólo si el autor tenía en miras “acabar la ejecución”, de otro modo, decaía el concepto de tentativa. Ahora, un peligro objetivo que depende de que el autor tenga dolo —y un dolo que va más allá que el peligro—, abandona su punto de partida

objetivista<sup>17</sup>. Siempre tuvo que regir una teoría al menos en alguna medida *subjetiva* de la tentativa. Y este fue el más importante argumento de Welzel contra el dogma causal: si el dolo era un elemento del ilícito en la tentativa, también tenía que serlo en el delito consumado; el resultado no podía hacer “saltar al dolo de lugar sistemático” (el llamado “argumento de la tentativa”).

Pero aquí quiero fundar algo mucho más terminante que eso. Que una teoría objetiva de la tentativa no es lógicamente fundamentable, a mí me parece obvio. Lo que quiero mostrar ahora es cuáles son las consecuencias dogmáticas de erradicar del concepto de ilícito, al elemento “consumación”. Es decir, qué sucede si todo el ilícito es el ilícito de la tentativa.

### A) Delito putativo, actos preparatorios y tentativa inidónea

Por el mismo hecho de que la *norma* subjetivamente infringida es, como tal, *objetiva* —es decir, impuesta soberanamente por el derecho—, no existe la menor posibilidad de que una teoría subjetiva de la infracción conduzca a la punibilidad del delito putativo o de los actos preparatorios<sup>18</sup>.

Si, por ejemplo, un sujeto tiene relaciones incestuosas en la creencia de que el incesto está penalmente prohibido, no infringirá con esto ninguna norma, porque ella, la norma, tiene que existir por la autoridad del estado, no depende de las representaciones del autor. No está en la competencia de éste el crear una norma objetivamente inexistente. Ni siquiera es de su competencia el establecer los *límites* del mandato o de la prohibición que sí existen con un alcance distinto: si

(16) Así, en prólogo a la edición castellana del opúsculo: *Dolo, tentativa y delito putativo* (traducción de Marcelo A. Sancinetti), p. 15, en el que son recogidos dos artículos de Struensee: *Versuch und Vorsatz* (*Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, ps. 523 y ss.) y *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, en *ZStW* 102, (1990), ps. 21 y ss.

(17) Al respecto, ya en mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 357 y ss.

(18) Al respecto, ya en mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 453 y ss.

quien ha comprado un cuadro de buena fe cree no ser el propietario cuando después se entera de que el vendedor era un depositario infiel, y, por furia, rompe el cuadro, no habrá dañado una cosa ajena, ni siquiera habrá “querido hacerlo”, según el juicio normativo del estado; porque él, conforme al derecho civil, era realmente el *propietario* del cuadro, por tanto, para el derecho ni siquiera dirigió su voluntad a romper una cosa *ajena*<sup>19</sup>. El juicio normativo del autor nunca reemplaza al juicio normativo del estado, aun cuando puede neutralizarlo a su favor o bien por falta de dolo, en caso de que el autor carezca de la consciencia mínima necesaria para el respectivo elemento normativo del tipo —caso inverso al recién citado: el antiguo propietario rompe el cuadro creyéndose aún el verdadero dueño—, o bien por inculpabilidad, en casos de error inevitable de prohibición —el autor desconoce, por motivos razonables, que está obligado a prestar una declaración jurada ante la oficina de la Dirección General Impositiva—.

La razón para que una teoría circumscripita al disvalor de voluntad, tampoco pueda adelantar por sí sola el juicio de ilícito a los actos preparatorios, es la misma que para la impunidad del delito putativo. Para que un acto preparatorio sea punible hace falta una norma (objetiva) que imponga esa consecuencia. El hecho de que el autor quiera seguir ade-

lante con el *iter criminis* no altera en nada esta conclusión. Porque esta voluntad de seguir actuando después no es suficiente, si el autor no ha tomado aún aquella decisión de acción que, según una valoración objetiva, ya configura comienzo de ejecución.

Sea representado un comportamiento cualquiera, dividido en 10 actos individuales hipotéticos (= 10 pasos de acción). Supóngase que el quinto paso de acción constituye, según el derecho, el comienzo de ejecución. Si el autor da el cuarto paso no podrá oponerse aún a la norma, cualquiera que sea su representación sobre lo ilícito de una tentativa. La norma se mantendrá inoperante hasta el paso siguiente, recién aquí le impartirá un imperativo al autor, no des *este* paso de acción. Para el paso anterior falta ya la norma, del mismo modo que falta para el delito putativo. De consiguiente, una teoría subjetiva es incapaz de diluir la frontera entre preparación y ejecución. La discusión sobre este límite es una discusión normativa, por tanto, objetiva.

Sí es cierto que, para el juicio normativo sobre el “comienzo de ejecución”, es decisiva *la base fáctica que se representa el autor*: si él cree que la pastilla que pone en el café de su tía es el medio tóxico que compró especialmente asesorado para deshacerse de esta pariente, él habrá quebrantado ya la norma que prohíbe comenzar a ejecutar un homicidio, aun cuando, objetivamente, la cantidad aplicada fuera inocua o incluso favorable para el estado de salud de la tía. Por el hecho de que una tentativa sea “objetivamente” inidónea no se deriva ninguna atenuación del juicio de disvalor; el quebrantamiento de la norma sigue siendo *perfecto*.

## B) Punibilidad de la tentativa

a) ¿Impone el derecho positivo argentino una pena necesariamente atenuada para la tentativa?

<sup>(19)</sup> En mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción* (ps. 453 y ss.) dejé este problema particular —es decir, el caso del error que recae sobre un elemento *normativo* del tipo—, sin resolver, por no atinar a una solución. En mi tesis doctoral española (v. nota 14), resolví esta cuestión de modo tajante, como lo hacen Burkhardt (*Rechtssirrtum und Wahndelikt*, en JZ, 1981, ps. 681 y ss.) y Jakobs (*Lerhbuch*, 25/38 y ss.): las representaciones normativas equivocadas del autor nunca pueden perjudicarlo, siempre vale el juicio normativo (objetivo) del estado.

El Código Penal argentino prevé una disminución general de la escala penal de la tentativa, de carácter obligatorio (arts. 42, 44, CP). Se trata de un error, aunque, por cierto, es el derecho positivo vigente. Uno podría sostener que esa solución infringe el principio de igualdad ante la ley, que el ámbito de la responsabilidad no puede llegar más allá que hasta la tentativa acabada, y que, por tanto, la agravación de la pena que produce la consumación es contraria al principio de proporcionalidad, es decir, de igualdad proporcional de la pena. Quien hiciera este planteo no tendría ninguna chance de éxito, dado que el paradigma vigente entre los juristas supone que la agravación por las consecuencias del hecho no tiene nada de irrazonable. Incluso en Soler, Nino, Zaffaroni, y tantos otros, se puede leer la idea infundamentable de que esa diferencia responde a principios liberales de garantía, más bien responde a un pensamiento primitivo, que no distingue entre el quebrantamiento de una norma y un suceso de la naturaleza. Modificar estas confusiones milenarias no se puede lograr sólo por una explicación de carácter racional.

En todo caso habría más posibilidades de una reforma de la ley penal que permitiera la disminución obligatoria sólo respecto de la escala penal de la tentativa inacabada, y una atenuación meramente facultativa, para el caso de tentativa acabada<sup>20</sup>.

Por lo demás, tampoco es cierto que necesariamente haga falta una modificación legal para aplicar a una tentativa acabada razonable la misma pena concreta que a un delito consumado. Pues a

este efecto se puede llegar por vía de interpretación, en el ámbito de la *medición de la pena*. Sólo hace falta que se comprenda la razón por la cual una tentativa ejecutada de modo completamente razonable no debe tener ninguna atenuación en comparación con un hecho consumado. En efecto, en la dogmática de la medición de la pena domina tanta dosis de incertidumbre como urgente es hallar criterios que restrinjan el arbitrio judicial, que expliquen, en fin, una decisión racional de la determinación de la pena concreta. Ahora bien, la escala del delito consumado y la escala del delito tentado correspondiente tienen siempre —a excepción de la pena absoluta del arts. 80, 215, CP, cuya inconstitucionalidad hoy no es difícil fundamentar<sup>20a</sup>— un gran

(20a) La pena perpetua, como principio, presupone la posibilidad de segregación definitiva de un sujeto del cuerpo social, lo cual está en pugna con las convenciones de derechos humanos incorporadas recientemente a nuestra Constitución (art. 75, inc. 22, CN). Especialmente los incisos 2 y 6 del art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al proscribir el primero "las penas crueles o inhumanas" y al establecer el segundo que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" impiden la cadena perpetua. Pues la "rehabilitación social" es incompatible con la existencia de penas privativas de libertad que se autodefinan como eternas (en esta misma línea, en principio, Eugenio R. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, PG, t. V, n. 594, ps. 111 y ss., ya antes de la reforma constitucional). El que se le reconozca al condenado la posibilidad de acceder a la libertad condicional no modifica la autoproclama de *perpetuidad*; pues la libertad condicional es un derecho que el condenado adquiere si *cumple ciertas condiciones* y que *puede no obtener*: la pena perpetua, pues, tiene como tal —como lo indica su nombre— la vocación de ser *eterna* o de *poder serlo* (en este sentido, no del todo correcta, a mi juicio, la aclaración de Zaffaroni, *Tratado*, cit., esp. p. 116, cuando

(20) Otro déficit de mi tesis argentina fue el no advertir ninguna razón para atenuar la pena de alguna clase de tentativas acabadas. He corregido este defecto en mi tesis española (como en nota 14), § 13, V, B, tal como —aunque de modo demasiado breve—, explico más abajo, bajo letra c.

campo de superposición. Entre el mínimo del delito consumado y el máximo de la tentativa acabada hay un sector común a ambas escalas. Quien no vea ningún fundamento racional para aumentar la pena por encima del marco del delito tentado, ni para disminuirla por debajo del delito consumado por el solo hecho de la falta de resultado, podrá fijar siempre la pena puntual dentro del sub-marco determinado por la composición de ambas escalas. Y el resultado sería necesariamente el de una pena *acorde* a las escalas de la ley, es decir, una pena que se hallará *dentro* del marco legal respectivo. En el delito de homicidio simple, por ejemplo, la escala común entre delito consumado y tentativa acabada razonable correrá entre 8 y 16 años y 8 meses de pena privativa de libertad (arts. 79, 42-44, CP). Entre estos límites se podrá fijar la pena concreta.

Por tanto, para aplicar el plus que va *por encima del máximo* de la escala de la tentativa, un juez razonable nunca hallará suficiente fundamento, porque dicho plus

sólo podría habilitarlo la casualidad, no la mayor culpabilidad del autor. Por otro lado, el recurrir a una pena *inferior al mínimo* deberá estar fundado en una peculiaridad *propia de la tentativa*, a saber: el no haber sido *acabada*, o el haber sido, ya como ejecución individual —aun cuando *¡cabada—, poco razonable.*

¿Cómo se explica esto?

b) La disminución obligatoria para la tentativa inacabada

Dado que cada paso de acción de determinado *iter criminis* puede ser valorado según una norma objetiva distinta —de hecho, como se vio, el paso anterior al comienzo de ejecución normalmente no es punible, y sí lo es el paso siguiente—, así también cada paso posterior al comienzo de ejecución le agrega al hecho una cuota de disvalor: hay una nueva decisión de acción (o sub-decisión) que acerca el hecho cada vez más a la realización completa del tipo. Desde este punto de vista, uno podría ver a la norma de la tentativa inacabada como una norma derivada de la norma madre, es decir, de la norma de la tentativa acabada (que es la misma que la norma de la consumación). La norma derivada, que rige para la tentativa inacabada, está dirigida a una voluntad del autor que en parte se realiza en el momento actual (ya apunto el arma contra la víctima), en parte en el momento posterior (luego apretaré el gatillo).

La legitimidad de una norma que se refiere a voluntades futuras adolece de cierta precariedad: no se prohíbe ya un acto actual por su propio significado, sino sólo por la relación de planeamiento del autor, es decir, por la conducta que pretende terminar de configurar después. Puede ser que este adelantamiento de la prohibición sea razonable, pero lo cierto es que implica un juicio de disvalor por pasos de acción aún no realizados. Por ello, su escala penal —o al menos la graduación de la pena dentro de una

dice que “la misma pena perpetua no es en nuestra ley realmente perpetua, puesto que goza de la libertad condicional”). Todo juez que se hallara ante el deber de condenar a un sujeto por delito que tiene amenazada pena perpetua debería hoy, ante el texto constitucional actual, declarar inconstitucional la *perpetuidad* de la pena, aunque *no la pena misma*; por tanto, debería arbitrar una escala penal *construida* a partir de la ley: ejemplo, la escala penal de la tentativa que el art. 44, CP, prevé respecto de los delitos amenazados con pena privativa de libertad perpetua; en los detalles, este criterio requeriría un desarrollo ulterior que no puedo hacer aquí. Por último, lo dicho acerca de la inconstitucionalidad de la pena perpetua por su carácter cruel, inhumano y desocializador, es independiente del vicio —que existió siempre— de que la amenaza de una pena absoluta —fija— no permite la graduación de la pena *según la gravedad* del ilícito y *según la medida* de la culpabilidad. (Nota no incluida en las primeras

misma escala— no puede coincidir, *ceteris paribus*, con la pena de una tentativa en la que el autor ya ha hecho todo lo necesario para la consumación. Sólo el agotamiento de los pasos de acción, o bien la realización de aquel paso de acción a partir de cual el autor asume que quizá ya sea después demasiado tarde para impedir la consumación, infringe la norma de la tentativa acabada, la norma de mayor legitimidad.

La situación de menor gravedad de la tentativa inacabada no sólo vale para la disminución de la pena, sino también para no imputar el resultado en los casos en que se produce un aceleración sorpresiva de la causalidad. La doctrina y jurisprudencia alemanas dan aquí algunos ejemplos: el autor está persuadido de que con una serie continuada de gotas de veneno podrá matar a la víctima, como muy pronto, a partir de la quinta dosis, pero la víctima muere en verdad, ya con la segunda. Un grupo quiere linchar a un sujeto y matarlo después de arrojarlo al aire varias veces con una manta, pero el agredido muere al caer de la manta al suelo. Aquí, la muerte no es producto de una realización dolosa, porque se produce cuando el autor no ha tomado aún una decisión definitiva de matar a otro. Sólo será imputable la tentativa inacabada, eventualmente en concurso con el homicidio imprudente<sup>21</sup>.

c) La disminución facultativa para la tentativa acabada

La tentativa acabada sí se contrapone, en cambio, a la norma principal, idéntica a la norma de la consumación. Por

consiguiente, en principio no corresponde ninguna atenuación del marco penal; ni siquiera una disminución de la pena dentro del marco, si el fracaso *no es imputable al autor*. Es decir, que si la tentativa se realiza bajo la representación de un marco de riesgo completamente razonable y es ejecutada también de modo humanamente eficiente, no se justifica ninguna atenuación de la pena, y la pena concreta “individualizada” debe caer dentro de la escala que le correspondería a un delito consumado<sup>21a</sup>.

Ocorre, sin embargo, que el fracaso de una tentativa puede derivarse de la deficiente concepción o ejecución del hecho, por ejemplo, si el autor dispara apresuradamente y sin apuntar con cuidado. En estos casos, la realización dolosa de la tentativa ocurre junto con una imprudencia “al revés”, es decir, el autor se comporta descuidadamente respecto de su plan de ejecución. Esta “imprudencia invertida” debe ser computada en su favor, del mismo modo que la imprudencia normal es computada en contra. Esto no significa aceptar ahora un matiz objetivista para la punibilidad de la tentativa. También el juicio de imprudencia puede formularse sobre la base fáctica admitida por el autor. Si el autor sabe que no ha revisado si su arma está cargada o no, ejecutará negligentemente su tentativa de homicidio con esa arma. Cuando la imprudencia invertida no es incompatible con la consumación, es decir, si también podría estar el arma cargada y producirse el resultado, el juicio de imprudencia debería reflejarse en la medición de la pena, y, por cierto, tanto en caso de fracaso, como de consumación. Si dos autores han disparado con armas de fuego sin revisar el cargador, ambos deben tener la misma sanción —nuevamente a igualdad de las restantes condiciones— aun cuando sólo una de las ar-

versiones de este trabajo, publicadas en Colombia, Perú y Uruguay.)

(21) Sobre todo esto, mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 409 y ss., esp. 419 y ss., y *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa* (como en nota 14), § 10, y § 13, V, A.

(21a) Cf. *supra*, VII, B, a (vale la referencia de la nota 20a).

mas haya estado cargada. Esta circunstancia (arma cargada o descargada) responde al *azar*, no es imputable, lo imputable es haber accionado el gatillo, sin revisar el cargador. Dado que el hecho consumado siempre puede concretarse a pesar de una imprudencia en la ejecución, y, sin embargo, le corresponderá la escala prevista para la consumación, la imprudencia que podría tanto conducir al fracaso como carecer de efecto, sólo debería ser considerada en el ámbito de la medición de la pena, y sin que, para esto, influya el dato casual de si se produjo el resultado o no<sup>22</sup>.

Ahora, así como es imaginable una tentativa en la que el autor haya tomado los mejores recaudos para el éxito de la ejecución, y que, sin embargo, fracase, como, asimismo, una en la que el autor incurra en cierta imprudencia que igualmente no haría imposible un desenlace exitoso, también es imaginable un proyecto de acción de lo más ineficiente. Si bien el juicio de ilícito de una tentativa acabada estaría presente de todos modos, el derecho debería hacerse cargo igualmente de que la imprudencia sería aquí tan grave que resultaría imposible una consumación imputable a dolo. Aquí se justificaría la disminución de la escala penal, para todos los casos de tentativas que, sin ser burdamente insensatas, se aproximarán a ello, para todos los casos, en definitiva, en que la producción del resultado no pudiera imputarse ya como realización dolosa, por derivar de circunstancias fortuitas. En esto habría una analogía con la tentativa inacabada cuidadosa, porque ella —como vimos— tampoco puede producir, todavía, una consumación.

El Código Penal alemán (§ 23, párr. 3) conoce aún una atenuación extraordinaria de la pena, e incluso la posibilidad de

prescindir de toda punibilidad, en los casos en que el autor ha obrado por burda insensatez. Los límites conceptuales de esta categoría son de lo más borrosos, pero ciertamente existen casos de imprudencia sumamente grave que hace más que imposible la consumación, ridículo el proyecto. Ejemplo: el autor sopla con fuerza una cerbatana cargada con arroz, creyendo que con esto puede originar una hemorragia en la nuca de quien está adelante; o bien: el autor lee en una revista especializada que la planta de diente de león mezclada con té puede producir la muerte. Uno podría discutir si estos casos siguen constituyendo un ilícito, es decir, si estos continuos juicios de imprudencia invertida cada vez mayor no pondrán a la acción ya en el marco de un riesgo jurídicamente permitido.

En todo caso, antes de resolver esa cuestión, hay que recalcar que esto no significa atribuirle de nuevo, al peligro *objetivo*, la función de co-fundamentar el ilícito. Justamente podría ocurrir que, a pesar de lo burdo de una ejecución, una conducta fuera riesgosa por constelaciones puramente casuales, que no son imputables al hecho doloso en sí. Ejemplo de Jakobs<sup>23</sup>: el autor quiere envenenar a un bebé con pastillas de valeriana, pero, al querer tomarlas de la cocina, se equivoca de frasco y estraee, por error, un Valium. Aquí habrá cierto peligro objetivo, y quizá un resultado; pero éste no podrá ser imputable al dolo, porque la circunstancia Valium, es tan casual como si el autor, al equivocarse de frasco, le hubiera dado al niño azúcar cande. A lo sumo se podrá hablar de nuevo de una responsabilidad por imprudencia (una imprudencia al derecho), dado que el autor es consciente de un síndrome de riesgo: no se debe suministrar una gragea sin cerciorarse bien de qué se trata. Pero la realización dolosa, aunque burda, sigue intacta como tal, con resultado o sin él.

(22) Sobre todo esto y lo que sigue inmediatamente, cf. mi trabajo *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa* (como en nota 14), 13, V, B, 3.

(23) Jakobs, *Lehrbuch*, 24/82.

Creo que ha sido un permanente error de la doctrina argentina, cometido entre otros por mí mismo, el considerar que el art. 44 del Código Penal, al regular el "delito imposible", atenuando aun más la escala penal y permitiendo eximir incluso de toda sanción, se refiere a la tentativa inidónea sin más. Se refiere, sí, a una tentativa inidónea, pero sólo a aquel caso en que la propia concepción o ejecución del proyecto de acción puede considerarse burda. Es decir, que el delito imposible del Código Penal argentino, es la tentativa por burda incompreensión del Código Penal alemán. No cualquier tentativa inidónea, entonces, merece la atenuación extraordinaria del art. 44, CP. Para volver al ejemplo inicial, quien dispara con un arma que ha sido descargada a sus espaldas, no comete un "delito imposible" en el sentido del art. 44, CP, porque la acción de "disparar con un arma", en principio, es totalmente compatible con un homicidio, y la circunstancia "arma descargada" no entra en la representación del autor<sup>24</sup>.

(24) Claro que se puede formular el argumento de que si —según los arts. 42-44, CPa— la falta de resultado, por casual que sea, siempre disminuye la pena en comparación con un hecho consumado, entonces, también la falta de idoneidad, por más que sea también casual, podría disminuir la pena con relación a la tentativa objetivamente idónea. Contra esto se contesta lo siguiente: que la pena del delito consumado no se puede aplicar a una tentativa (incluso acabada) surge con claridad del Código Penal argentino, el texto no permite aquí una solución mejor, más racional (salvo declarar la inconstitucionalidad del aumento de pena para el delito consumado); en cambio, que la tentativa inidónea por pura casualidad tenga que recibir necesariamente una pena menor no surge del texto. Las razones materiales para justificar el último párrafo del art. 44, CP, sólo valen para aquella tentativa cuyo plan o modo de ejecución es —ya considerando las representaciones subjetivas como exclusivo objeto de valora-

### C) *Tentativa irreal o supersticiosa*

Queda la cuestión de si una tentativa supersticiosa o irreal puede constituir un ilícito<sup>25</sup>. Uno podría plantear que desde la tentativa completamente razonable, generalmente idónea, hasta la tentativa irreal hay un continuo; que, entonces, no existen límites claros; que, por tanto, la tentativa irreal también sería un ilícito, de aceptarse la teoría subjetiva de la tentativa.

Incluso la tentativa burdamente insensata es, como ilícito, de segunda jerarquía; una conducta casi cubierta ya por el riesgo permitido. Pero esta tentativa constituye conceptualmente un ilícito, en la medida en que el proyecto de acción admita una descripción que tenga algo de razonable. Quien mezcla una planta que ha leído como venenosa en un texto especializado, se comporta en *cierta* medida, de modo razonable (la norma diría: no mezcles en el té del prójimo, una planta señalada como venenosa por un ente especializado); pero, si el error de información es tan burdo que cualquiera lo habría advertido, se comporta también, en *otra* medida, de modo completamente irrazonable (la norma ya no rige si el ente especializado dice un disparate).

En la tentativa irreal, en cambio, no queda ningún resto para este juicio de disvalor. Para expresarlo con palabras de Jakobs: el autor yerra aquí ya completamente a las categorías sociales, por ejemplo, supone que acercando un imán a la pared podrá producirle un dolor de

ción—, de *imposible* realización según un patrón objetivo.

(25) Sobre esta cuestión la solución de mis dos libros (*Teoría del delito y disvalor de acción*, 463 y ss.; *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, § 14) es sustancialmente coincidente; sólo que, en el segundo, incluyo ciertas correcciones de formulación respecto del primero.

cabeza a su vecino, porque alguna vez ha oído que el vecino tuvo un dolor de cabeza cerca de un imán. De todos modos, la delimitación conceptual entre una tentativa burdamente insensata (un delito imposible) y una tentativa irreal no tiene mayor importancia. De hecho estos casos raramente podrían llegar a los tribunales, y a una teoría subjetiva no le preocupa en absoluto que queden sin sanción, porque esta sanción tampoco hace falta.

Mucho menos hace falta discutir si el intento por medios supersticiosos constituye un ilícito. Aquí es muy claro que el autor recurre a un proyecto que queda fuera del tipo, por ejemplo, reza a Dios por la muerte de alguien. Esto que el autor quiere hacer no está alcanzado por el tipo del delito de homicidio.

#### D) El desistimiento

Los casos de la tentativa supersticiosa, irreal e incluso burdamente insensata carecen de toda importancia práctica; si en la literatura jurídico-penal se les asigna un espacio es por las dificultades de formulación que le producen a una teoría subjetiva de la tentativa (y del ilícito).

Mucho más importante es estudiar la teoría del desistimiento correcta según los puntos de partida sentados hasta aquí. ¿Es posible una fundamentación subjetiva del desistimiento?

En mi primera tesis doctoral he tratado la impunidad por desistimiento de modo completamente contradictorio con la teoría del ilícito allí formulada<sup>26</sup>.

Fue correcto el haber aceptado que el desistimiento sea eficaz ya por la mera decisión de interrumpir la ejecución en el caso de la tentativa inacabada. Si el resultado se produce a pesar de eso, ello ocurrirá —como ya se dijo— de modo casual, con relación a la ejecución dolosa, porque el autor no conocía todas las

condiciones del resultado. Y si el autor, antes de reconocer la producción del resultado, desiste de seguir adelante, tendrá derecho a la impunidad, porque en la medida del hecho doloso, es decir, de la tentativa inacabada, la ejecución está desistida (43, CP). El desistimiento no necesita, por consiguiente, ser exitoso, evitar el resultado. También en este caso se podrá responder, a lo sumo, por imprudencia<sup>27</sup>.

Lo incorrecto fue haber aceptado el desistimiento liberador de pena después de una tentativa acabada, para lo cual exigía yo, en consonancia con la doctrina resultativista dominante, una acción de salvamento posterior al acabamiento de la tentativa, que fuera exitosa, es decir, que obtuviera el resultado positivo de frustrar la consumación o, al menos, “deshacer la acción”<sup>28</sup>. Una solución grotesca: “final bueno, todo bueno”.

<sup>(27)</sup> *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 409 y ss., 429 y ss., 435 y ss.

<sup>(28)</sup> Esta segunda alternativa intentaba reducir la dosis de “resultativismo” de aquel trabajo, al admitir el efecto excusante de un arrepentimiento activo posterior a la tentativa acabada, cuando el autor —sin evitar el resultado— lograra retrotraer “la ejecución a un paso anterior al último, porque llevaría la realización hasta una tentativa incompleta [inacabada], y regirían por ello las mismas soluciones válidas para el desistimiento de la tentativa inacabada” (lug. cit., ps. 442 y ss.). Se pretendía resolver así casos como el siguiente: “A” envenena el vino servido en la copa de “B”, y, por un momento, pierde el control seguro de revocación. Luego de que, por ello, “B” habría podido beber ya de su copa, “A” se arrepiente, y, aprovechando una distracción de “B”, cambia la copa de “B”, por la suya propia. Pero, en razón de que “B”, desconfiando de “A”, cambia nuevamente las copas ante una breve distracción de “A”, resulta que muere efectivamente “B”. Aquí, “A”, autor de tentativa de asesinato —o, en su caso, instigador o cómplice de suicidio (respecto de lo que ahora interesa, es indiferente)—,

<sup>(26)</sup> *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 439 y ss.

El principal objetivo de mi investigación en Alemania consistió en resolver esta contradicción. Pero la tarea acababa de ser hecha, al llegar a Bonn, por el propio colega con el que fui a estudiar, Jakobs, quien, por cierto, incurre en la contradicción de sentido contrario. Él sigue atribuyéndole un efecto al resultado disvalioso en el ámbito del ilícito, al igual que lo había hecho el finalismo tradicional de Welzel, Stratenwerth, Hirsch. Pero, en el ámbito del desistimiento, Jakobs entiende, con razón, que carece de toda razonabilidad concederle al autor la impunidad por el simple hecho de que haya evitado causalmente el resultado, si ya había aceptado la posibilidad de la consumación.

Ejemplo: el médico inyecta sangre con SIDA a una persona para probar el efecto de una vacuna que está tratando de elaborar. En la medida en que la vacuna no descarte todo riesgo de que la sangre produzca la muerte, la doctrina dominante debería admitir una tentativa punible si la vacuna fue puesta con *antelación* a la inyección; si, la vacuna, en cambio, es aplicada después de la inyección, la opinión corriente tendría que reconocer

por un lado, ya había llegado a la tentativa acabada, y, por otro, no logra efectivamente evitar el resultado; pero —así rezaba mi solución de entonces—, dado que “A” sí había logrado retrotraer la ejecución hasta un estadio comparable a la preparación o a la ejecución inacabada, el resultado no sería imputable y el desistimiento sería eficaz. Hoy veo a ese criterio como una inadmisibles solución “resultatista”: Lo es, en primer lugar, ya por el hecho de que la posibilidad de lograr el “retroceso” de la ejecución se debe a la casualidad de que no se ha producido la consumación a pesar de haberse llegado a la tentativa acabada; lo es también, en segundo lugar, porque el autor tendría que *lograr* el mentado retroceso. La solución correcta consiste en negar toda posibilidad de desistimiento si el autor se ha animado ya a llegar tan lejos.

que hay desistimiento e impunidad al menos si existe la posibilidad de que la vacuna haya neutralizado la enfermedad.

Con la solución resultatista tradicional de que todo salvamento al fin y al cabo eficaz debe conducir a la impunidad, tampoco se puede resolver de modo razonable todos los casos en los que el autor no realiza la mejor acción de salvamento a su alcance, sino sólo un desistimiento mezquino. Ejemplo: el marido ha envenenado a su mujer. Ahora está arrepentido, pero no quiere exponerse a la persecución penal. Por ello, lleva a su mujer inconsciente hasta 100 metros antes de un hospital, donde la deja abandonada con la esperanza de que un transeúnte la haga salvar, lo que en definitiva sucede. También aquí hubo un salvamento efectivo, que es imputable al autor, pero él también ha omitido realizar el mejor salvamento posible. La dogmática del delito de omisión se opone a toda generosidad en favor del desistimiento mezquino.

Estas inconsecuencias —y otras más que ahora dejo de lado— son resueltas por Jakobs<sup>29</sup> de modo tajante. El autor puede desistir sólo mientras gobierne en su mano todos los riesgos de consumación, es decir, mientras él tenga la capacidad segura de neutralización del riesgo. Si se entiende por tentativa acabada, entonces, no sólo aquella en la que el autor ha hecho todo lo necesario, sino también aquella en que el autor carece de una posibilidad segura de revocación del peligro, entonces, será muy fácil la solución. La tentativa acabada no admite desistimiento, sólo la tentativa inacabada, comisiva u omisiva, puede ser desistida, y, por cierto, mediante la mera revocación del dolo, es decir, en la tentativa por comisión, omitiendo seguir adelante, en

(29) Especialmente en su trabajo: *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*. En: ZStW 104 (1992), ps. 82 y ss.

la tentativa por omisión, cumpliendo el mandato. Este desistimiento sólo puede ocurrir antes de que el autor asuma la posibilidad de no poder evitar más la consumación.

La pregunta es ahora si esta restricción del desistimiento es compatible con el Código Penal argentino. Creo que lo es. Aquel que ha dejado que el hecho siguiera tan adelante como para no estar ya seguro de poder impedir la consumación, por ejemplo, ha disparado un tiro, habrá realizado una tentativa que o bien producirá la consumación, o bien no la producirá, pero, en este caso, ya por circunstancias fortuitas. Por ende, regirá el art. 42: el hecho no se consuma, al menos en alguna medida, por circunstancias *ajenas* a la voluntad del autor, por tanto, ya no es desistible. La eventual acción de salvamento realizada después de ese instante valdrá como comportamiento posterior al hecho, a tener en cuenta en el ámbito de la medición de la pena, del mismo modo que hay que tener en cuenta la reparación del daño causado. Así reza la solución de Jakobs<sup>30</sup>, con lo cual, él debería reconocer que si la evitación del resultado es posterior al hecho, cuando sucede después de la tentativa acabada, es porque el hecho es la tentativa acabada, y el resultado o su evitación, son

posteriores, ajenos tanto a un juicio de ilícito como de desistimiento.

### VIII. Conclusiones

Una teoría del ilícito fundada en la capacidad motivadora del derecho, en el principio de culpabilidad, en que al autor se le reprocha haberse motivado por el comportamiento incorrecto, no tiene modo de hacer ingresar al concepto de ilícito nada que sean consecuencias casuales, influidas por la magia de la causalidad. Solamente puede incluir decisiones de acción. Esto no sólo no es antiliberal, sino que es lo más liberal que hay: *responsabilizar al hombre sólo en la medida de sus decisiones*.

En el campo de la teoría de la tentativa esto se refleja en soluciones más justas: presupuesto que quede atrás la preparación, la tentativa es más o menos punible, según el grado de desarrollo del hecho, y la aplicación personal del autor en la ejecución, sin que importe si, además, hubo consumación. El desistimiento liberador de pena sólo es posible mientras el autor no haya tomado una decisión de acción no revocable con seguridad: después de este momento, sólo cabe una conducta posterior al hecho.

(30) Él debe enfrentar la "objeción de derecho positivo" ante un texto que, a primera vista, es aún menos favorable que el nuestro para esta solución. El § 24, párr. 1, primera oración del Código Penal alemán, prevé la impunidad para quien "abandona el hecho" o "impide su consumación". Jakobs contesta que, con relación al riesgo resuelto ya

por azar, el autor ni abandona *ese* riesgo (ya salido del ámbito de su dominio), ni impide *su* consumación (en la proporción del riesgo ya resuelto: el disparo dejó herida a la víctima; el conducirla al hospital no impide la consumación del riesgo ya no gobernado —fracasado— de que la víctima muriera instantáneamente).