

DR. JUAN MANUEL OTERO

Los límites de la acción penal del Estado: tentativas inidóneas

"Claro que es un paso adelante, conocer qué es lo que una persona verdaderamente quiso hacer. Sirve para describir la acción punible, y si esa acción punible puede imputarse al autor. De modo que la indagación sobre los estados mentales constituye un límite a la punición, pero nunca al sustrato para un juicio de disvalor de esa acción por su infracción a una norma de determinación porque como en el derecho natural, el mayor problema de estas normas de valor, es su inexistencia. No hay normas penales en este sentido. Por ello no hay razón alguna para enterrar el principio liberal que fundamenta el delito y el castigo en la existencia corroborable de un conflicto de lesión". Alagia, Alejandro.

"Misión de la dogmática en el marco de la política criminal conseguir posibilidades de solución acordadas con el sistema para objetivos político-criminales". Zipf, Heinz.

Introducción

Este trabajo requiere algunas sinceras advertencias¹. El mismo no busca dar un tratamiento acabado ni sistemático de la problemática de la tentativa inidónea; no busca analizar todas las teorías ni soluciones que la dogmática

penal ha inquirido para este tópico. El modesto objetivo de este trabajo es el de analizar, utilizando como punto de partida algunos de los problemas que plantea la tentativa inidónea, los límites a los que debe ser sometido el poder punitivo de un Estado moderno. Durante el desarrollo del escrito intentaré demostrar, tomando como punto de partida que el rol que le cabe al Derecho Penal es el de un derecho al control del poder y no el de un derecho basado en el castigo de las malas intenciones², que no es conveniente, según criterios eminentemente político criminales, la intervención punitiva del Estado en los supuestos en los cuales se verifican tentativas inidóneas. Buscaré demostrar que el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, que la finalidad exclusiva de protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad excluyen la legitimidad del Estado de punir conductas que —al no existir lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico— se transforman en meras desobediencias a un orden impuesto coactivamente. Partiré de la base de un Derecho Penal orientado a las consecuencias, que "necesita verificar la justicia de las decisiones de las distintas instancias jurídico penales, medir sus efectos favorables o desfavorables, corrigiendo estos últimos, aunque sean correctos desde el punto normativo³" y desarrollaré el trabajo en tres etapas. Una primera etapa dedicada al estudio de la tentativa en general; una segunda al es-

1. Ruscóni, Maximiliano, *Los límites del tipo, Ad-hoc*, Buenos Aires, 1992, pág. 15.

2. "No hay norma penal, ni castigo alguno que pueda pretender ubicarse en el campo social como un programa estimulante de las buenas acciones, y que quiera influir en la conformación y preservación de la convivencia humana". Alagia, Alejandro, "De la crítica a la fe, a la fe a la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción" en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, N° 1 y 2, Buenos Aires, 1997, pág. 188.

3. Hassemmer, Wlolfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 15.

tudio de la problemática de la tentativa inidónea; y, una tercera en donde realizaré un análisis acerca de los límites a que se debe someter el Estado para poder aspirar a punir una conducta determinada.

I. LA TENTATIVA

a) Concepto de tentativa tradicional y su crítica

Es usual que las descripciones típicas contenidas en los ordenamientos penales se encuentren referidas a acciones consumadas⁴. Es posible afirmar que el delito consumado constituye "la imagen conceptual que tiene el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos de la parte especial"⁵. El Derecho Penal, sin embargo, no se ha conformado con solo buscar punir las conductas en las cuales existe la referida congruencia perfecta entre los aspectos objetivos y los subjetivos del tipo penal⁶. Si el sujeto ha desarrollado una acción final, en la cual se ha configurado la totalidad del aspecto subjetivo requerido por el tipo, aun en el caso de que el plan original que dicho sujeto hubiera tenido en mente hubiese fracasado, el Derecho vigente no permite que dicha conducta quede impune⁷. Las tentativas se encargan de imponer una sanción penal a las conductas desarrolladas por el sujeto, aun si las mismas no han ocasionado daño concreto alguno al bien jurídico protegido por la norma amenazada.

Mientras que tradicionalmente se entendía que el hecho punible doloso para que se le considere consumado debía realizar tanto su aspecto objetivo como subjetivo, entre tanto la ausencia de elementos del aspecto subjetivo del tipo nos situaba en el campo de los errores de tipo, "la cuestión inversa, en la que se realizan los elementos subjetivos pero no, o no totalmente, los objetivos del supuesto de hecho típico de un delito doloso de acción"⁸ nos introducirá —en principio— de lleno en el ámbito de la tentativa. Aquí se afirma que: "El tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo, en cambio, tiene que existir completamente y, por cierto, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por delito doloso continuado"⁹. Se producirá, en palabras de Camelutti¹⁰ un caso de "discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto que esto que se ha producido es menos que lo que se quería realizar".

Nuestro Código Penal establece que existe un delito tentado cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad¹¹. Prevista como una figura accesoria¹² de los tipos penales descritos en la parte especial del código, la tentativa es definida por Welzel como: "la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un

4. Fletcher, George P. "Conceptos Básicos de Derecho Penal", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 251. El autor se manifiesta a favor de que el Derecho Penal parte de un concepto primario de delito que debe guardar relación con el daño que la conducta causa y un concepto derivado de tentativa. "Nuestra sensibilidad ordinaria nos dice que, desde luego, es peor matar que disparar con ánimo de hacerlo y errar el tiro... Tanto en el Derecho como en el baloncesto, la regla usual es: si no hay daño, no hay falta".
5. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª Edición, 1998, pág. 456.
6. "Por lo general, los delitos dolosos de acción descritos en el supuesto de hecho típico legal contienen la realización del comportamiento prohibido, incluyendo tanto su aspecto objetivo como subjetivo. Sin embargo, esta congruencia de las circunstancias de hecho objetivas y subjetivas, puede verse perturbada". Stratenwerth, Gunther, *Derecho Penal. Parte general, I, El hecho punible*, traducción de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 199.
7. "L'offesa al bene giuridico tutelato dalle norme può consistere, come è noto, in una lesione dello stesso o in una mera messa in pericolo". Morselli, Elio, "Con-dotta ed evento nella disciplina del tentativo" en: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 1, Gennaio - marzo - 1998, Milano, Dott. A. Giuffrè Editor.
8. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal ..." (op. cit.), pág. 200.
9. Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, 25-24. Citado por Trovato, Gustavo "Punibilidad de la tentativa: punibilidad de la tentativa inacaba" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 4-5, Buenos Aires "En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado". Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, 12ª Edición, traducción del alemán de Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, Editorial Jurídica de Chile, 1987. En idéntico sentido "La distinción entre delito consumado y la tentativa reside, por lo tanto, en que en esta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo". Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Temis-Ilanud, Bogotá, 1ª edición, 1984, pág. 167.
10. Para Camelutti "representa un caso de discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto que esto que se ha producido es menos que lo que se quería realizar". Breglia Arias, *Código Penal Comentado*, Astrea, Buenos Aires.
11. Artículo 42. El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.
12. "Los tipos penales contenidos en la ley describen a través de detalles diversos la acción y el resultado típicos. Junto a ellos aparecen tipos o figuras a las que se denomina accesorias o secundarias, por carecer de autonomía. Tales la tentativa y la participación." Fontán Balestra, Carlos, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 299.

principio de delito¹³. El concepto de tentativa nos remite a una distinción que debe ser realizada de acuerdo con el grado de consumación del plan que el autor había comenzado a ejecutar¹⁴. Afirmando la independencia absoluta del resultado alcanzado, sostiene Jakobs que la tentativa es un mero quebrantamiento de una norma, en sí mismo perfecto, y, por lo tanto, independiente del resultado que la conducta desarrollada ha producido. Concibiendo al delito como una ruptura de un orden, imaginando un Derecho Penal que no solo debe solucionar los conflictos más graves de la sociedad sino que también debe cargar con la difícil tarea de llevar a cabo "la misión de garantizar la identidad de la sociedad..."¹⁵ y dejando de lado la definición del delito a partir de la lesión de un bien, el autor alemán afirma que "el ilícito no puede ser definido, incluso en la consumación, como lesión a un bien; ilícito es el quebrantamiento de la norma, el sentido de la conducta peligrosa no permitida (...) Y por ello, lo específicamente contrario a derecho, tanto en la consumación como en la tentativa, reside de modo homogéneo en el quebrantamiento de la norma, que en cada caso es perfecta"¹⁶. Ante este razonamiento, cualquier tentativa, sea una acabada o una inacabada, producirá una ruptura de la norma en forma idéntica¹⁷.

En nuestros claustros sostiene Sancinetti, desechando también cualquier tipo de relación entre el ilícito realizado y el daño causado o aun el peligro causado y partiendo de una teoría subjetivista del ilícito, que "la tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible¹⁸". Afirma que solo es posible medir el ilícito sobre la base del domi-

nio del hecho que el sujeto cuenta sobre su acción tendente a lesionar el bien jurídico. Una vez perdida dicha capacidad de dominio, "lo demás es casualidad"¹⁹.

Durante el desarrollo del trabajo intentaré esbozar un criterio de tentativa diferente del expuesto recientemente. Un concepto que solo presuponga una actitud subjetiva del sujeto contraria a derecho como presupuesto mínimo pero no suficiente para la intervención punitiva estatal, presupuesto mínimo que necesariamente se tendrá que nutrir de la "existencia corroborable de un delito²⁰" para que dicha respuesta tenga, al menos, pretensiones de legitimidad.

b) Elementos de la tentativa

b.1 El comienzo de ejecución

"No hay culpabilidad jurídico-penal meramente por malos pensamientos o por un movimiento corporal insignificante, aunque vaya acompañado por malos pensamientos²¹", afirma Jakobs, quien recalca que el pensamiento para que pueda ingresar en la esfera penal se debe haber manifestado a través de una conducta socialmente perturbadora. ¿Qué es una conducta perturbadora? La lesión del bien jurídico es el ejemplo por excelencia. ¿Pero qué ocurre con los actos que no han producido lesión alguna, cuando ha de comenzar a ser una conducta plausible de ser perseguida penalmente?

Quizá una de las cuestiones más debatidas sea la distinción entre los actos preparatorios y los actos

13. Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 259. Según Zaffaroni, "La tentativa es solo una amplificación de la tipicidad a una etapa previa a la consumación". Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado..." (op. cit.), pág. 464.
14. "La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito". Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 460.
15. Jakobs, Gunther y Struensee, Eberhard, "Imputación jurídico penal" en: *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, traducción de Javier Sánchez - Vera Gómez Belles, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 32.
16. Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
17. A diferente solución llega Sancinetti, para quien el ilícito de la tentativa inacabada configura un delito de menor gravedad. "El dolo que no se ha desarrollado completamente realiza un ilícito menos grave que aquel que se ha desplegado hasta el final". Sancinetti, Marcelo A. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, 1995, p. 142.
18. Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 25.
19. "Dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones, y que las acciones producen a su vez un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación sólo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho. El resultado, como tal, está fuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su hecho." Sancinetti, Marcelo. "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 25.
20. "Claro que es un paso adelante, conocer qué es lo que una persona verdaderamente quiso hacer. Sirve para describir la acción punible, y si esa acción punible puede imputarse al autor. De modo que la indagación sobre los estados mentales constituye un límite a la punición, pero nunca al sustrato para un juicio de disvalor de esa acción por su infracción a una norma de determinación; porque como en el derecho natural, el mayor problema de estas normas de valor, es su inexistencia. No hay normas penales en este sentido. Por ello no hay razón alguna para enterrar el principio liberal que fundamenta el delito y el castigo en la existencia corroborable de un conflicto de lesión." Alagia, Alejandro, "De la crítica..." (op. cit.), pág. 187.
21. Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pág. 209.

ejecutorios. El delito es idealizado por la dogmática penal como un proceso complejo —denominado *iter criminis*—, dentro del cual el sujeto atraviesa por diversas etapas objetivas y subjetivas que permiten un estudio fragmentado de la conducta humana. Se conceptualizan una serie de etapas que el individuo debe recorrer para arribar a la consumación del delito²². Estas diferentes fases son esquematizadas clásicamente²³ en cuatro niveles progresivos de desarrollo de la acción: ideación, preparación, ejecución y consumación. Algunas de estas etapas se refieren a “la generación del hecho delictuoso en la mente del sujeto”²⁴ y quedan reservadas al ámbito interno de este. En estas etapas la regla absoluta es la impunidad en virtud del principio de preserva preceptuado por el artículo 19 de nuestra Constitución y explicitado por Bínider terminantemente: “El derecho penal tiene limitaciones: la primera de ellas ...es que el Derecho Penal solo se puede ocupar de acciones²⁵”. Las restantes etapas se manifiestan a través de acciones externas²⁶, que pueden o no ser punibles.

Por regla, la consumación del delito conlleva la imposición de una pena derivada del Código Penal, la “simple decisión de delinquir no manifestada al exterior es irrelevante para el Derecho Penal”²⁷. Se puede afirmar que tanto la ideación del plan llevado a cabo por el autor como la preparación del mismo siempre permanecerán impunes. En este sentido, Beling²⁸ sostenía que: “El legislador, con to-

da seguridad, ha querido dejar impunes las acciones preparatorias. Precisamente por eso ha exigido... un comienzo de ejecución”. Sin embargo, el determinar cuáles han de ser las conductas irrelevantes para el Derecho y cuáles se han de transformar en relevantes, disvaliosas y, por ende, punibles, es, en gran parte, el punto central del estudio de la tentativa²⁹. La exterioridad de la acción y consecuentemente la necesidad de excluir del ámbito de la tentativa toda clase de actos preparatorios, guarda íntima relación con lo que Ferrajoli ha llamado el principio de materialidad de la acción. Conforme este postulado, los delitos “no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente de hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas —materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables— descriptibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal”³⁰. Exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal³¹ y reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral son las dos consecuencias fundamentales que el requisito de la materialidad de la acción impone al Derecho Penal, evitándose de esta manera la criminalización y el control por parte del Estado de la interioridad de la persona en su conjunto³². Si el delito usualmente comienza con la representación que se realiza el sujeto de la acción a ser llevada a cabo por él mismo³³ y dicho pensamiento no implica acción alguna, el Derecho Penal debe permanecer ajeno de-

22. “La consumación de un delito está normalmente precedida por una serie de etapas en las que el autor orienta su proceder para poder concretarlo. Estas etapas constituyen el denominado *iter criminis*, es decir el proceso que se desarrolla entre el momento en que nace la idea criminal y el de consumación del delito.” Righi, Esteban y Fernández, Alberto, *Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 319.
23. “El hecho punible doloso se desarrolla en cuatro etapas: ideación, preparación, ejecución y consumación.” Bacigalupo, Enrique, “Manual de ...” (op. cit.).
24. “El hecho delictuoso comienza generándose en la mente del sujeto, exteriorizándose luego a través de acciones hasta llegar al total agotamiento del delito. Este proceso psicofísico es denominado desde la época de los ‘précitos’, *iter criminis*.” Fontán Balestra, Carlos, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 299.
25. Bínider, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 157.
26. “En este recorrido, es posible distinguir etapas que no trascienden el plano del pensamiento (internas) respecto de las cuales la regla es la impunidad, de aquellas otras que suponen la materialización de acciones externas, de las cuales algunas son punibles y otras no.” Righi, Esteban y Fernández, Alberto, “Derecho...” (op. cit.), pág. 319.
27. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, “Derecho Penal...” (op. cit.), pág. 458.
28. Beling, Ernest, “Esquema de Derecho Penal”, traducción de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 101 y ss.
29. Jakobs, Günther y Struensee, Eberhard, “Imputación jurídica penal” en: *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, traducción de Javier Sánchez y Vera Gómez Trelles, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 42.
29. La indeterminación de muchos de los términos planteados no es un problema menor debido a que es esta indeterminación la que produce una importante inseguridad jurídica así como serias arbitrariedades en la práctica jurisprudencial. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, “Derecho Penal...” (op. cit.), pág. 465.
30. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Michino, Juan Ferradillas Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Trotta, Valladolid, 1998, pág. 480.
31. “Las leyes que solo se encargan de castigar las acciones exteriores, afirma Montesquieu, que estima que es un acto tiránico el castigo de la simple intención homicida.” Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón...” (op. cit.), pág. 482.
32. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón...” (op. cit.), pág. 483.
33. “El primer paso es la ideación.” Righi, Esteban y Fernández, Alberto, “Derecho...” (op. cit.), pág. 319 y ss.

bido a que "la simple decisión a la acción no es punible"³⁴, ya que no existe lesión alguna que reparar ni dolo relevante que castigar³⁵. El Derecho Penal de un Estado democrático³⁶, un Derecho Penal reglamentario de las garantías constitucionales y, por lo tanto, respetuoso del principio de reserva enunciado claramente en el artículo 19 de la Constitución Nacional, deberá obedecer el principio básico que afirma que: "Una decisión de acción cuya realización no se comienza, permanecerá siempre impune"³⁷. El Derecho Penal solo puede tener como misión la protección de un orden determinado³⁸ y solo la lesión de tal ordenamiento puede dar lugar a la más dura de las posibles intervenciones con que cuenta el Estado, lesión que de modo alguno se produce a través de la mera ideación de un camino delictivo. En palabras de Stratenwerth³⁹: "Dado que el derecho penal no estimula la formación moral del individuo, sino que tiene la misión de proteger un determinado orden social, solo la lesión de este orden puede constituir un hecho ilícito. En este sentido, la decisión es un suceso puramente interno; no lesiona nada ni a nadie". En palabras de Welzel, solamente "la voluntad mala en realización"⁴⁰ podrá ser alcanzada por el Derecho Penal.

Las etapas externas evidencian ya un accionar del sujeto en el mundo externo que puede demostrar su voluntad viciada. Estas acciones que desarrolla el sujeto, sin embargo, no son siempre punibles. La se-

gunda etapa del delito es la preparación del mismo, proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin. Parte de la doctrina sostiene que, en forma excepcional, estos actos preparatorios pueden ser castigados—"por regla general, también permanecerá impune la preparación del hecho impune"⁴¹ y solo en excepcionales casos podrá ser punida su conducta⁴². La solución no es la correcta, todo acto preparatorio debe permanecer impune y solo será posible punir la conducta si la misma es abarcada por otro tipo penal. El castigo penal será por lo tanto posible si solo existe una figura penal independiente que lo permita, delito que no deberá guardar relación alguna con la posible tentativa iniciada, que continuará siendo impune hasta que los actos desarrollados por el sujeto puedan ser considerados como un comienzo de ejecución de un delito.

Admitido que tanto la ideación como la preparación deben ser etapas irrelevantes para un Derecho Penal no moralizante, las únicas etapas que tienen la posibilidad de ingresar al ámbito del Derecho Penal son las etapas de ejecución y la de la consumación del delito⁴³. Las etapas previas a la lesión del bien jurídico enmarcadas ya en un proceso de ejecución⁴⁴—"utilización concreta de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención de un fin"⁴⁵— será pues el lugar en el cual podremos analizar la problemática de la tentativa⁴⁶.

34. Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 259.

35. Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 259.

36. "El principio de la punibilidad de las ideas... caracteriza al Derecho Penal contemporáneo de perfil democrático, y encuentra fundamento en nuestro país en el principio de reserva previsto en la primera parte del artículo 19." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho..." (op. cit.), pág. 319 y ss.

37. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 200.

38. "La misión primordial del Derecho Penal es proteger el orden social, el cual no se vulnera por las reflexiones internas de los hombres aunque se las pueda descalificar o considerar inmorales." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho..." (op. cit.), pág. 319 y ss.

39. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 200 y ss.

40. "También en el Derecho Penal de la voluntad no se castiga la voluntad mala como tal, sino como la voluntad mala en realización." Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 259 y ss.

41. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 200 y ss.

42. "El principio general es que la preparación de un hecho delictivo no genera responsabilidad penal." Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho..." (op. cit.), pág. 321.

43. "Es frecuente afirmar que 'excepcionalmente' la ley castiga también los actos preparatorios." Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 163 y ss.

44. "Solo entran en el ámbito de las punibles las de ejecución y consumación." Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 163 y ss.

45. Este punto, analizado desde una perspectiva normativa, también adquiere aristas interesantes en lo que respecta a la tentativa inidónea. El requisito de acción no debe ser considerado como una mera puesta en acción de una causalidad sino que debe ser analizado en virtud de criterios jurídicos y que no deben basarse en exclusivas representaciones internas del sujeto. El accionar debe objetivamente constituir un comienzo de ejecución de la conducta prohibida. El tomar un salero y colocar sal en una taza creyendo que con dicha acción estoy envenenando a mi enemigo no puede ser considerada objetivamente como un comienzo de acción tendiente a lesionar un bien jurídico."

46. Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 163 y ss.

47. Es esta etapa, la ejecución, el lugar de estudio de la tentativa. Antes de ella el Derecho Penal se encontrará con una mera preparación de un ilícito, por regla general impune y luego de ella se encontrará con la última etapa del *iter criminis*, la consumación del delito, en la cual ya se verifica la total realización del tipo objetivo del delito.

b.2 La no producción del resultado en virtud del plan original del autor

Clásicamente, se establece que es requisito ineludible de la tentativa la no producción del resultado buscado por el sujeto. Se afirma que: "en la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado⁴⁷". De esta manera se sostiene que en la tentativa, a diferencia del error de tipo en el cual se verifica un tipo objetivo completo y uno subjetivo viciado, nos encontramos con una conducta en la cual "se realizan los elementos subjetivos pero no, o no totalmente, los objetivos del supuesto de hecho típico de un delito doloso de acción⁴⁸". Considero que esto no es exacto. El Derecho Penal, emancipado de una imputación basada en meras relaciones causales, debe imputar normas sobre la base de conceptos normativos que tengan en cuenta criterios objetivos. Supongamos que Juan decide matar a Pedro, compra un revólver, le dispara y lo hiere en la pierna. La herida no resultaría mortal y se podría curar fácilmente por cualquier centro médico con una mínima colaboración de la víctima. El plan —en el aspecto subjetivo del autor— ha sido llevado a cabo sin interferencia alguna. Sin embargo, el disparo que, sobre la base de criterios objetivos, solo podía causar una herida y, por lo tanto, una tentativa de homicidio, debido a íntimas convicciones de Pedro —testigo de Jehová—, se transforma en una herida mortal ante la negativa de este de recibir ayuda alguna. Pedro finalmente muere y sin duda que la muerte ha sido producida causalmente por el disparo de Juan. Sin embargo, la conducta de Juan normativamente —imputación objetiva: principio victimodogmático⁴⁹— no puede ser considerada como un delito consumado si-

no que debe permanecer en el campo de la tentativa, aun habiéndose completado tanto el tipo objetivo como el subjetivo del tipo penal. Juan, en nuestro ejemplo, ha perdido el control del dominio del hecho por circunstancias ajenas a su voluntad, y este es el criterio que debe definir cuándo existe tentativa o delito consumado. Sin control, el resultado posterior, aun siendo el deseado y planeado originalmente, no podrá ser imputado en forma normativa al sujeto. Este desarrolla durante la tentativa un determinado plan, el cual, si se ve frustrado por circunstancias ajenas al plan original del autor, se podrá hablar de una tentativa acabada. De esta manera, ante un plan del autor que se interrumpe o que no se verifica con exactitud, la producción o no del resultado deseado no podrá ser imputada normativamente al sujeto y, por ende, será posible que exista un delito tentado con un tipo objetivo plenamente completo⁵⁰. Aquí la noción de plan del autor y de dominio del hecho es utilizada para limitar el accionar estatal ante la falta de dominio del hecho, impunidad ante el delito consumado y posibilidad de punición por tentativa.

b.3 El tipo subjetivo

La doctrina mayoritaria considera que el tercer requisito de la tentativa es que exista un tipo subjetivo completo⁵¹. Welzel considera que "en la tentativa el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y, por cierto, del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado⁵²", mientras que Struensee, en el mismo sentido, sostiene que "el tipo subjetivo debe concurrir íntegramente, tal como en el delito consumado⁵³". Se considera que el tipo de la tentativa es un tipo dependiente debido a que "todos sus elementos van referidos a un delito consumado... de ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consu-

47. Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 262. En el mismo sentido sostiene Righi que "el resultado no se produzca, es decir que pese a haber comenzado la ejecución, el autor no haya logrado integrar todos los elementos del tipo objetivo".

48. Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho..." (op. cit.), pág. 319 y ss.

49. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 200 y ss.

50. El Derecho solo se puede ocupar de la protección de bienes jurídicos que han sido protegidos también por la víctima (sic). Sin un mínimo de colaboración de la víctima en la protección de los mismos, es imposible que el Estado intervenga. El más extenso y profundo trabajo desarrollado sobre el tema pertenece a Manuel Cancio Mella, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1998.

51. En similar sentido, Sancinetti afirma que en casos de tentativas inidóneas en las cuales el plan del autor es inidóneo, la conducta será siempre punible, aun si se llegase a producir el resultado deseado. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 70.

52. Sin embargo, existen autores que consideran que es válido admitir delitos tentados en los cuales no se verifica una conducta dolosa. El objetivo de este trabajo excede el tema en análisis. Entre estos autores, salvo contadas excepciones, la doctrina estima que conceptualmente la tentativa solo es posible en los delitos dolosos, y por lo tanto inadmisibles en los delitos culposos. Por ende la naturaleza del dolo "no es distinta en la tentativa que en el delito consumado". Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho..." (op. cit.), pág. 331.

En contra de la posibilidad de admitir delitos culposos "Del fundamento de la punición de la tentativa... se deriva que no cabe la tentativa por imprudencia, ya que en estos casos no se manifiesta la voluntad de cometer un delito". Muñoz Conde, Francisco y García Arón, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 463.

53. Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 262.

mado. Sin adentrarnos en la posibilidad de admitir delitos culposos en carácter de tentativa, resulta interesante analizar en este supuesto la necesaria capacidad objetiva de pretender que toda conducta debe tener para que se pueda afirmar que existe dolo. Se asegura con precisión que no basta con cualquier tipo intención disvaliosa para poder afirmar que existe dolo (sic). El autor debe llevar, o intentar llevar a cabo, en el caso de las tentativas, acciones que de un modo razonable puedan conducir a la producción de un resultado. Ante un "autor (que) no puede pretender, de un modo razonable, la producción de ese resultado como consecuencia de su acción"⁵⁴ solo cabe afirmar la falta de dolo y por consiguiente la impunidad. Considero que este concepto puede brindar una solución a favor de la impunidad de conductas que, por su propia definición, no tienen capacidad alguna de pretender el resultado que el autor procura.

c) Diferentes teorías acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa

Existen diversas teorías acerca de los fundamentos de la punibilidad⁵⁵ de la tentativa que tienen íntima relación con la posibilidad de castigar penalmente las tentativas inidóneas y con los fines del Derecho Penal. Brevemente, analizaré las diferentes concepciones dominantes; las teorías subjetivas, objetivas y la teoría de la impresión.

Las teorías subjetivas encuentran su fundamento legal en la "puesta de acción de la voluntad hostil al derecho"⁵⁶, desplazando el eje central del peligro concreto⁵⁷ corrido por el bien jurídico protegido y concentrándose en la verificación de una voluntad contraria al orden jurídico. En palabras de Beling, este tipo de fundamentación de la punibilidad de las tentativas considera antijurídica a "toda acción proveniente de un querer malo"⁵⁸. Las doctrinas subje-

tivas basan su fundamento, pues, en la voluntad del agente dirigida a la comisión de un delito y determinan que "lo que real y objetivamente haya realizado (el sujeto) se relega a un segundo plano"⁵⁹. Estas teorías permiten ampliar el campo de acción del Derecho Penal y "concebir la punibilidad de toda tentativa, inclusive la inidónea, pues dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea e idónea no tiene sentido: toda tentativa es inidónea pues, de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito"⁶⁰. Se produce en pos de una finalidad que también se pretende protectora de bienes jurídicos, un ensanchamiento de la franja de comportamientos abarcados por el Derecho Penal, que comprenderá, por lo tanto, ya no solo conductas que provoquen una lesión efectiva del bien jurídico. También se pretenderá punir conductas que pongan en peligro un bien jurídico o en las cuales ni siquiera ha existido peligro alguno para el bien jurídico. El comienzo de la punibilidad de la tentativa será determinado cuando se ha producido una exteriorización –manifestada a través de una acción objetiva que haya comenzado la ejecución del hecho– de la voluntad de lesionar un bien jurídico, independientemente de que haya existido o no un real peligro para el mismo. Jakobs sostiene que "el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente"⁶¹ y que basta con que el autor haya obrado "expresando desde su propia perspectiva un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma"⁶² para poder penarlo. El Tribunal del Reich, enmarcándose en una posición abiertamente subjetivista, ha afirmado que "no podría haber dudas de que en la tentativa la voluntad criminal es aquel fenómeno contra el cual se dirige la ley penal, a diferencia del resultado antijurídico manifestado en la consumación y proveniente de la voluntad criminal"⁶³.

54. Struenseck, Eberhard, "Tentativa y dolo" en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pág. 405.

55. Ferrante, Marcelo, "Punibilidad de la tentativa (2ª parte). Punibilidad de la tentativa acabada" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 4-5, Buenos Aires, pág. 1173.

56. "Con la punición de la tentativa se castiga la actuación de voluntad dirigida a la realización total del delito y, ciertamente, en el estadio en que esta actuación ya no es una preparación no comprometedoras sino cuando se pone inmediatamente en relación con la realización delictiva, esto es cuando la actuación de la voluntad tiene una significación peligrosa para el ordenamiento jurídico." Welzel, Hans, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 265.

57. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 269.

58. El fundamento de la punición de la tentativa no es el peligro, sino como lo decía Impallomeni, la "turbación de la tranquila posesión del bien jurídico". Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV*, Ediar, Buenos Aires, pág. 477. ¿Y cuando el titular del bien jurídico ni se enteró?

59. Beling, Ernest, "Esquema ..." (op. cit.), pág. 101 y ss.

60. Quintero Olivares, *Curso de Derecho Penal*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, pág. 462.

61. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, 2ª Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 465.

62. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., p. 712, citado por Bacigalupo, Enrique, "Derecho..." (op. cit.).

63. Bacigalupo, Enrique, "Derecho..." (op. cit.), pág. 467.

Las teorías objetivas, o mejor llamadas "teorías de puesta en peligro"⁶⁴, fundamentan la punibilidad de toda tentativa básicamente a partir del peligro que ha corrido el bien jurídico protegido, y no a partir exclusivamente de una actitud contraria a la norma. El fundamento de la tentativa es buscado en "el objetivo riesgo o peligro sufrido por el bien jurídico, riesgo que es cuantitativamente menos grave que su efectiva lesión, lo que explica el descenso del castigo"⁶⁵. El Derecho, según esta teoría, solo podrá conocer la objetiva transgresión de una esfera de libertad ajena y la punibilidad solo podrá ser fundamentada a partir de datos objetivos que demuestren la peligrosidad de la conducta desarrollada⁶⁶. Una tentativa será peligrosa solo si "un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado ex ante que el resultado era seriamente posible"⁶⁷. Esta concepción excluye del ámbito de punibilidad toda conducta que no implique un plan racional y probable de ser llevado a cabo por parte del autor. Quien creyendo envenenar, coloca sal en la sopa de su vecino, no podrá ser castigado. Sin embargo, si la sal se encontraba dentro de un frasco etiquetado con una calavera, el veneno era blanco y cualquier observador medio hubiera creído que la sal realmente colocada se trataba de veneno, la punibilidad del intento parece que debería ser confirmada según la teoría, a pesar de que el bien jurídico no haya siquiera sufrido peligro.

La teoría de la impresión, mayoritaria en la doctrina en la actualidad, encuentra el fundamento penal de la tentativa en "la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor"⁶⁸. Versión tamizada de la clásica teoría subjetiva, presupone un disvalor de acción pero no lo considera suficiente para poder afirmar la punibilidad de dicho comportamiento si no se ha traspasado el denominado filtro de dañosidad social. "Concretamente, desde un concepto subjetivista de la tentativa, esto sería, las acciones con las que el autor cree haber dado comienzo a la realización de la conducta típica, es posible diferenciar aquellas que objetivamente muestran capacidad

de resultado (idóneas) de aquellas otras que carecen desde su inicio de tal capacidad objetiva (inidóneas)⁶⁹". Jakobs, resaltando que la definición de la conducta punible guarda una íntima relación con el efecto que dicha conducta produce sobre la percepción acerca de la vigencia efectiva de la norma y considerado como determinante para punir o no una conducta, ya no solamente el accionar del individuo, afirma que "una conducta que ni objetivamente, ni según la opinión de los conciudadanos, tiene consecuencias perjudiciales queda excluida por falta de referencia social, como mera inmoralidad, del ámbito que ha de ser regulado jurídico -penalmente"⁷⁰. De esta manera, a pesar de no existir un resultado disvalioso, la justificación de la punibilidad de la conducta encuentra su fundamento en que la misma ha alterado la paz social y que, por lo tanto, puede ser sancionada si ha producido intranquilidad social. Esta teoría permite excluir del ámbito de las tentativas inidóneas todo tipo de conducta que no trascienda a los actores de la misma y que no haya sido percibida. Sin embargo, y a pesar de que esta teoría permite limitar el concepto esbozado por las teorías subjetivas que encuentran la punición de la tentativa exclusivamente en la existencia de una voluntad hostil al derecho, la teoría de la impresión enfrenta graves problemas cuando se reflexiona acerca de la posibilidad de verificaciones de actitudes irracionales por parte de la comunidad. La existencia de una sociedad "no ilustrada" produce tensión necesariamente sobre el fundamento de la teoría y provoca que sus defensores tengan que afirmar que el "Derecho no tiene que adaptarse necesariamente a cualquier convicción o sentimiento vigente en la sociedad"⁷¹.

d) La tentativa inidónea

d.1 Concepto

Quienes parten de un concepto subjetivista del acto ilícito consideran la única diferencia que existe entre una tentativa idónea y una inidónea en que "en la última hay una absoluta incapacidad en los medios aplicados para la producción del resultado típi-

64. RGSt. 1. 439; 1, 451; 8, 198; 17, 158; 24, 382. Citado por Roxin, Claus, "Dogmática..." (op. cit.), pág. 269.

65. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 267.

66. Quintero Olivares, "Curso..." (op. cit.), pág. 462.

67. Farré Trepal, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, pág. 278 y ss.

68. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 267.

69. Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 276.

70. Sola Roche, Esteban, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 31.

71. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción española de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Civitas, Madrid, 1995, 25-22.

co... en la segunda el error es grosero, burdo, grueso⁷²", y, en consecuencia, ante la falta de previsión legal y realizando una interpretación extensiva del artículo 42 del Código Penal consideran que "la tentativa inidónea, no deja de ser un caso más de tentativa⁷³". Ante una misma definición legal la única consecuencia práctica es que en "caso de imposibilidad solo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado que en él se comprueba⁷⁴". En España, la solución adoptada por el legislador es diferente debido a que el artículo 16 del Código Penal se basa en una teoría objetiva de la tentativa al incluir en el concepto de delito a todos aquellos actos que "objetivamente deberían producir el resultado"⁷⁵. Considero que esta solución es la correcta ya que la aplicación del Derecho debe nutrirse de criterios político criminales que permitan encontrar soluciones racionales dentro del sistema. Siendo "misión de la dogmática en el marco de la política criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político-criminales⁷⁶", es necesario optar por una solución que, además de ser aceptable teóricamente dentro del sistema del hecho punible, sea compatible con los principios que mejor "se acoplen a los presupuestos axiológicos del sistema"⁷⁷.

A favor de una interpretación subjetivista, Sancinetti define a las tentativas inidóneas no a partir de

la posibilidad de afectación de un bien jurídico ni del real peligro que ha corrido, sino a partir del proyecto de acción concebido por el sujeto. "Cuando ya en el proyecto de acción esté concebido de tal modo que, según una valoración objetiva, normativa, ese modo de comisión no pueda llegar a la consumación, o no pueda hacerlo solo por casualidad, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor"⁷⁸. Este criterio nos sitúa fuera del campo concreto de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y nos sumerge dentro de peligrosas referencias subjetivas, que en estos casos funcionan no para limitar la posibilidad del Estado de perseguir, sino que, por el contrario, fundamentan la punibilidad. Las representaciones que el autor tenga y la construcción de un tercero imparcial, que con criterios por demás indefinidos determina cuándo una acción es racional o no, fundamentan el castigo de este tipo de tentativas⁷⁹. Explica Sancinetti que "según la interpretación objetivista - externalizante, la punibilidad de la tentativa se fundamentaría en el peligro real por un objeto de bien jurídico"⁸⁰. El autor analizado se muestra contrario a este tipo de interpretación debido a que "si el autor asumió un proyecto de acción completamente racional, como para alcanzar el resultado, el que no haya habido un riesgo exterior o no, es irrelevante⁸¹" (sic). Alejados definitivamente de criterios objetivos, se afirma que si bien en principio toda tentativa es inidónea, es posible fundamentar el merecimiento de

72. Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998, pág. 46.
73. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pág. 609 y ss.
74. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado..." (op. cit.), pág. 463. En idénticos términos: "El Código Penal Argentino (art. 44) y el español (art. 52, II) han decidido expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea. En este sentido ofrecen un fundamento para la tentativa subjetiva de la tentativa, aunque requiriendo en todo caso una acción que objetivamente implique el comienzo de la ejecución". Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 165. Con respecto a esta cita, es importante considerar la modificación legislativa del tratamiento legislativo que se le ha realizado a la tentativa inidónea en España, enmarcada actualmente a favor de una teoría objetiva de la punibilidad de este tipo de conductas. "La ley nada dice al respecto". Fontán Balestra, Carlos, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 305. "En las leyes que declaran la punibilidad de la tentativa inidónea no hay diferencia conceptual alguna entre la tentativa idónea y la inidónea." Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 170.
75. Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 170.
76. En postura crítica de esta reforma realizada en el año 1995 al Código Penal Español, se manifiesta Cerezo Mir, José, "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, N° 1, UNED, pág. 20 y ss.
77. Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Izquierdo Marfás-Picavez, Edersa, España, 1979, pág. 4 y ss.
78. Rusconi, Maximiliano, "Sistema..." (op. cit.), pág. 51. "En ello reside el plus de legitimación reclamado por Hassemer".
79. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 70. "La enfermera que quiere darle una aspirina a un enfermo de cáncer con la esperanza -no apoyada en ninguna consulta- de que el enfermero muera por no poder resistir la aspirina, obra con una representación irracional, y, por lo tanto no es punible, por tentativa, porque este acto, este contenido subjetivo, es inidóneo; y no es punible, aun cuando -por error- dé al enfermo una gragea equivocada que casualmente le produzca la muerte".
80. "No se puede prescindir de la representación de las circunstancias que tenga el autor. Disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva, o con una pistola descargada, creyéndola cargada, no son conductas objetivamente peligrosas para el observador imparcial que conozca la realidad; pero pueden ser consideradas como peligrosas e idóneas, para matar, para ese mismo observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva. En cambio, en los casos de tentativa irreal o absolutamente inidónea, el mismo observador imparcial, es decir un hombre medio, en ningún caso podría admitir la peligrosidad de la acción." Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 470.
81. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 69.

pena⁸². "La conducta del sujeto... siempre debe ser valorada objetivamente, ex ante, con ayuda de criterios como la adecuación social, el riesgo permitido, etc. Si con esta consideración objetiva ex ante se admite que el sujeto podía razonablemente pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que ex post (sabiendo ya que, por ejemplo, su pistola estaba descargada) dicha consumación hubiera sido imposible. Una vez admitido esto, es irrelevante que la indignidad se deba a los medios (pistola descargada), al objeto (cadáver) o al sujeto (... por ejemplo malversación de fondos)"⁸³.

d.2 Punibilidad de la tentativa inidónea

Sin duda alguna, el estudio de la tentativa inidónea implica fundamentalmente el encontrar una respuesta al problema de la necesaria fundamentación de la punibilidad de las conductas que no alcanzan la efectiva lesión del bien jurídico. La respuesta a favor o no de la punibilidad de este tipo de conductas guarda estrecha relación con el fundamento que se le ha otorgado a la punibilidad de la tentativa. De esta manera, quienes partiendo de una concepción subjetivista se encuentran ante un sujeto que ha manifestado su irreverencia ante la norma y que ha "realizado una acción con tendencia al menoscabo del objeto del bien jurídico"⁸⁴, considerarán que la punibilidad de las tentativas inidóneas será viable. Toda teoría subjetiva que no tome en cuenta el carácter peligroso de las conductas no diferenciará y, por ende, vaciará de contenido a la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas. Para quienes, como Sancinetti, consideran que el peligro o el daño externo no es constitutivo del delito, para quienes consideran que todo lo no dominable por el autor es casualidad y que, por lo tanto, el Derecho debe permanecer aje-

no al ámbito de lo que la conducta ha producido materialmente, la "idoneidad o peligro objeto, exterior, no interesa; solo importa que la voluntad de realización constituya una representación racional de estar creando un riesgo reprobado"⁸⁵. Es irrelevante, según esta concepción, que exista peligro si existió voluntad de realización de una conducta con un contenido racional⁸⁶.

Entre quienes sostienen que es posible la persecución de este tipo de tentativas, sin duda se debe incluir a Jakobs. Reiventando (sic) el concepto de prevención general, agregándole el adjetivo de "positiva", Jakobs busca otorgarle al Derecho Penal la nada modesta función de garantizar la vigencia de "las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a esta, por tanto, en cuestión como modelo de orientación en el contacto social"⁸⁷. El requisito de perturbación social es eliminado y reducido a que la sociedad conozca la desobediencia, a que la sociedad "se entere de que el autor, en su acción o en su omisión, tuvo efectivamente dolo del hecho típico... No hace falta más perturbación social que la exteriorización del dolo"⁸⁸. La tradicional imagen que asociaba delito con consumación es dejada de lado para pasar a considerar a la tentativa como el "concepto por excelencia del delito"⁸⁹. Ante la multiplicidad de cursos causales que puede tomar una conducta, ante la falta de certeza acerca de la producción del resultado realmente deseado por el autor, el Derecho Penal pretende apropiarse de la voluntad contraria a la norma y construir fundamentalmente a partir de ella el concepto de delito⁹⁰. El Derecho Penal se ocupa aquí de una volun-

82. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo ..." (op. cit.), pág. 69.

83. "En todos los casos, la tentativa, objetivamente considerada, siempre es inidónea para consumar el delito y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes aceptan en general, que es merecedora de pena, aunque con ciertas limitaciones. Pero cuando el grado de inidoneidad es absoluto y el bien jurídico ni siquiera de lejos puede ser objetivamente afectado por la conducta realizada, parece también lógico que se prescinda de la intervención del Derecho Penal." Muñoz, Conde, p. 469.

84. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 470.

85. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo ..." (op. cit.), pág. 23.

86. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo ..." (op. cit.), pág. 24.

87. "La irrelevancia de la situación de peligro exterior vale, pues, en ambas direcciones. Así como no importa que no se haya producido un peligro para el objeto de bien jurídico si es que hubo voluntad de realización con contenido racional (ilícito culpable), tampoco importa que si se haya producido un resultado si la representación del hecho no era un proyecto comunicativamente relevante, racional." Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo ..." (op. cit.), pág. 72.

88. Jakobs, Günther, "Derecho Penal..." (op. cit.), (citado por Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melio, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Crijley, Lima, 1998, pág. 15).

89. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo ..." (op. cit.), pág. 159.

90. Fletcher, George P. "Conceptos básicos de Derecho Penal", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 251.

tad criminal⁹¹, de una "significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento⁹²" más que de una acción disvaliosa frente a terceros. Ante esta concepción, que coloca a la sociedad toda frente al autor, que entiende a la pena como una autoconfirmación de la vigencia de las normas esenciales, la idea de la infracción se aleja de la noción de bien jurídico y se relaciona definitivamente con una propuesta perturbadora de cambio, ante el cual la sociedad debe reaccionar y ante el cual poco importa el resultado o el peligro que dicha propuesta de cambio ha producido en el mundo. De esta manera considera Jakobs que "en correspondencia con la localización de quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma⁹³". A favor de la punibilidad de la tentativa inidónea, a pesar de que en estos supuestos no exista, como bien lo reconoce el mismo autor, ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico, se manifiesta también Zaffaroni. El autor considera que es válido invocar el poder penal frente a este tipo de conductas debido a que la acción ha provocado "una perturbación" y a que "nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos, por mucho que sean burdamente inidóneos los medios aplicados para ello⁹⁴". Ante este argumento surge el interrogante, ¿cuál sería el fundamento que tendría la punición de la tentativa en los casos en los cuales el afectado ni se ha enterado de la acción llevada a cabo?

Durante el desarrollo del trabajo, analizando la posibilidad de evitar la punición de este tipo de conductas, analizaré los argumentos que se pueden en-

contrar para descriminalizar las tentativas inidóneas y sostendré que el Derecho solo podrá punir casos en los cuales "La realización de voluntad exterior misma ha de ser seriamente peligrosa. Se requiere una peligrosidad objetiva que exista en el propio suceder exterior" y, al igual que Stratenwerth⁹⁵, que "Lo decisivo debe verse, sobre todo, en la consideración político criminal de que la tentativa evidentemente inidónea no aparece como una lesión, digna de tomarse en serio, de la norma de comportamiento jurídico penalmente protegida: en estos casos, una sanción carece de sentido".

d.3 Hipótesis de inidoneidad

Solo con criterios didácticos, la doctrina⁹⁶ ha dividido en diferentes supuestos a los casos de tentativas inidóneas. Los supuestos comparten la característica básica de ser todos incapaces de haber producido un resultado lesivo y no acarrear mayores ventajas para ser aplicados en la práctica jurisprudencial.

La inidoneidad en el objeto es ejemplificada por acciones tales como la del doctor que lleva a cabo un aborto en una mujer que, en realidad, no se encuentra embarazada, o la del hombre que apuñala una almohada creyendo que en realidad se trata de un hombre. Estos supuestos en los cuales "el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente⁹⁷" son considerados por Zaffaroni como casos en los cuales existe ausencia de tipicidad. Nuestras cortes han afirmado, por ejemplo, que el supuesto "se da cuando falta un tipo o un elemento del tipo como apoderarse de la cosa propia,

91. Jakobs afirma que "Hay injusto de una tentativa y no solo el injusto intentado de una consumación, porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma; de modo más preciso, porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor." Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pág. 229.

92. "En efecto; al adoptarse el criterio objetivo, no habrá habido peligro, ni pena, en consecuencia, en tanto que dentro de la teoría subjetiva lo que se aprecia es la voluntad criminal, idéntica en el supuesto de empleo de medios idóneos o inidóneos, y aun de delito consumado" (Fontán Balestra, p. 305).

93. Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998, pág. 17.

94. Jakobs, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pp. 1-11.

95. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de..." (op. cit.), pág. 610.

96. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 215.

97. Jiménez de Asúa, afirmaba que existían los siguientes supuestos: "1) imposibilidad en los medios: v. gr., pretender descargar el arma que está descargada o a una distancia tal que el proyectil no alcance al destinatario; o proporcionar, como si fuera veneno, una sustancia inofensiva o suministrar veneno pero en dosis no dañosa por insuficiente; 2) imposibilidad por inidoneidad en el sujeto pasivo: v. gr. intento de aborto sobre mujer no embarazada; apuñalar un cadáver; hurtar los bienes propios; 3) imposibilidad por inexistencia de sujeto pasivo: v. gr. disparar contra un maniquí tomándolo por un hombre; falta de dinero en la caja registradora". Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, p. 387, citado por Breglia Arias, Código Penal comentado, pág. 156.

querer matar a un muerto o que aborte quien no está embarazada⁹⁸”.

Casos de inidoneidad debido a los medios empleados son ejemplificados a través del caso en el cual una persona que intenta envenenar a otra creyendo colocar veneno, cuando en realidad está colocando azúcar en una bebida. El sujeto cree estar empleando medios aptos para consumar el delito pero esta creencia es errónea⁹⁹. Ante una notoria inidoneidad de los medios es posible hablar de tentativa inidónea, sin embargo, ¿cómo determinar la idoneidad de los medios empleados? Analizados ex post, todas las tentativas son inidóneas y todos los medios empleados han demostrado ser inidóneos para causar el resultado pretendido¹⁰⁰. El determinar por lo tanto la inidoneidad de los medios no podrá provenir de un análisis realizado con posterioridad a la acción sino que tendrá que provenir de un análisis realizado sobre la racionalidad o no de la representación que ha tenido en cuenta el autor al planificar el plan delictivo. De esta manera se afirma que la acción de la enfermera que procura matar a un paciente con una aspirina permanecerá siempre impune debido a su notoria irrazonabilidad, mientras que quien dispara contra un hombre sin saber que el revólver carecía de municiones será punible debido a que la conducta, analizada por un tercero imparcial, es considerada como plenamente racional. Afirmando que el análisis debe partir del plan del autor, la jurisprudencia local “la idoneidad o inidoneidad del medio empleado debe analizarse desde la viabilidad del plan final del autor de cometer el despojo¹⁰¹”. La jurisprudencia anglosajona ha determinado a favor

de la punibilidad de este tipo de acciones que “constituye una imposibilidad fáctica –punible– el disparar contra una cama, en la que se suponía que estaba durmiendo una persona, con la intención de matarla cuando, en realidad, esta se encontraba durmiendo en otro lado¹⁰²”.

Los supuestos de inidoneidad en los medios también guardan una estrecha relación con lo que la doctrina ha llamado medios mágicos o supersticiosos. Estos supuestos, acerca de los que existe acuerdo general en la doctrina¹⁰³ sobre la impunidad en estos casos en que al autor utiliza medios irreales (sic). Definidas como “aquellas conductas que no presentan ya ninguna posibilidad de ser descritas de modo razonable ni contienen signo alguno de idoneidad¹⁰⁴”. La definición misma nos demuestra que los límites entre las tentativas inidóneas y las supersticiosas son difusos. Stratenwerth¹⁰⁵ considera en forma asertada que “objetivamente no existe ninguna razón para trazar un límite cortante” y que, por lo tanto, la discusión no es útil más que para producir la siguiente pregunta, “¿puede una teoría circunscrita al disvalor de la voluntad dejar de considerar ilícito el proyecto de un autor que arbitra unos medios con el fin de alcanzar el resultado a que la norma se refiere?¹⁰⁶”.

Las tentativas inidóneas relacionadas con el autor son definidas como¹⁰⁷ “Hipótesis que se presentan en los delitos especiales propios, que exigen una determinada calidad en el autor como el caso del prevaricato que conforme al art. 269 del Código Penal, solo puede ser cometido por un juez¹⁰⁸”. Existen posiciones encontradas, mientras que algunos autores

98. Bacigalupo, Enrique, “Manual de ...” (op. cit.), pág. 172. “Se presenta cuando el error del autor se vincula con el objeto sobre el que recae el delito.” (Righi, p. 332).
99. Crim y Correc. San Martín, Sala I, abril 7-994, Giménez, Carlos T. y otra, LLBA, 1994-626. En el mismo fallo el tribunal afirmó que “el hecho que un automotor tenga corte corriente o alarma, no impide que constituya un bien mueble susceptible de apoderamiento ilegítimo, y en consecuencia no hay delito imposible ni tentativa de delito imposible por falta de objeto o de un elemento del tipo”.
100. “Se presenta cuando el agente cree estar utilizando medios aptos para consumar el hecho típico.” Righi, Esteban y Fernández, Alberto, “Derecho...” (op. cit.), pág. 333.
101. “El problema que plantea la delimitación de la tentativa inidónea respecto de tentativa idónea no es sencillo. La tentativa es inidónea cuando los medios son inidóneos, pero sucede que en todas las tentativas los medios han resultado, en definitiva, inidóneos para producir el resultado, porque de lo contrario el hecho no hubiera quedado en grado de tentativa”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de ...” (op. cit.), pág. 609.
102. Crim y Correc. San Martín, Sala I, abril 7-994, Giménez, Carlos T. y otra, LLBA, 1994-626.
103. Hendler, Edmundo y Gullco, Hernán, *Casos de Derecho Penal comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 101.
104. “Para ninguna teoría es punible el delito putativo”. Welzel, Hans, “Derecho Penal...” (op. cit.), pág. 268. Motivos de política criminal, “por razones de político –criminales evidentes se rechaza la punibilidad de la tentativa irreal (sic) (por ejemplo intentar matar a alguien con conjuros. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, “Derecho Penal...” (op. cit.).
105. Folgueiro, Herman y Parenti, Pablo, “Límites del ilícito doloso: tentativa irreal y voluntad irreal de salvamento”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 4-5*, Buenos Aires (1998).
106. Stratenwerth, Günther, “Derecho Penal...” (op. cit.), pág. 216.
107. Folgueiro, Hernán y Parenti, Pablo, “Límites del ilícito doloso: tentativa irreal y voluntad irreal de salvamento”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 4-5*, Buenos Aires (1998).
108. “Un caso especial de tentativa inidónea es el caso del autor inidóneo, que se plantea cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente la calidad su calidad de autor (sic) da comienzo a la acción típica (por ejemplo, el sujeto que, en la creencia de ser funcionario, acepta una dádiva sin ser realmente funcionario).” Bacigalupo, Enrique, “Derecho...” (op. cit.), pág. 482.

se inclinan por la no existencia de tentativa alguna y consecuentemente por la impunidad de la acción, otros autores consideran que en estos casos nos encontramos con tentativas inidóneas que deben ser punidas¹⁰⁹. En este sentido "Se ha considerado como un ejemplo de imposibilidad 'jurídica' (y por ende, no punible) el intentar sobornar a un miembro del jurado cuando la persona a la que se intentó sobornar no era, en realidad, un miembro del jurado"¹¹⁰. Consecuentemente, se afirma que "La tentativa del autor inidóneo debe ser, por lo tanto, impune y en consecuencia también habrá de serlo en aquellos casos en los que el deber especial no se fundamente en una característica del autor, sino también en un comportamiento previo de una especie determinado"¹¹¹ (sic). Las posiciones a favor de la punibilidad de estos supuestos son resumidas por Bacigalupo: "el deber especial se funda en la calidad de autor que en los delitos especiales es un verdadero elemento del tipo. Luego, se da aquí el comienzo de ejecución de una acción, suponiendo que existe un elemento del tipo que falta en la realidad, lo que debe considerarse igual que si se supusiera cualquier otro elemento del tipo: tentativa inidónea punible"¹¹².

d.4 Teoría de la falta de tipo

La distinción entre los diferentes supuestos de tentativas inidóneas cobra importancia al analizar la teoría de la falta de tipo. Sostenida por autores como Frank o Donha, la teoría busca limitar los casos de tentativa con la ayuda del análisis del tipo, con el fin de reducir los casos que pueden ser punidos. De esta manera no se verifican casos de tentativas punibles

cuando se dan casos de medios y objetos absolutamente inidóneos. Esta teoría supone que "solo puede hablarse de tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el resultado típico. Cuando además del resultado típico, ya desde el inicio de la acción faltan otros elementos del tipo, no habrá tentativa sino carencia de tipo"¹¹³. En sentido contrario, Muñoz Conde, quien afirma que cuando existe una conducta del sujeto considerada objetivamente ex ante como razonable de pretender la consumación del delito, la tentativa será punible, sin importar que ex post la consumación hubiera sido imposible¹¹⁴. Zaffaroni considera que si bien "El delito puede ser imposible por varias razones, que fundamentalmente pueden ser dos: porque falta algún elemento del tipo objetivo (fundamentalmente, el objeto) o porque el medio es burdamente inidóneo para causar el resultado", en los casos en los cuales existe una inidoneidad sobre el objeto, no corresponde considerar a estos supuestos como incluidos dentro de la categoría de la tentativa inidónea¹¹⁵. Según Zaffaroni, solo existe tentativa inidónea cuando "los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado"¹¹⁶. Considera que los restantes supuestos analizados, inidoneidad en el autor y en el objeto, son casos que deben quedar enmarcados en los supuestos de ausencia de tipo y los considera como supuestos en los que, al haber ausencia de tipicidad, deben ser considerados como meros delitos imaginarios¹¹⁷. En estos casos, ya sea porque no existen elementos del tipo o porque la conducta misma no puede ser clasificada como antijurídica –debido a que la antijuridicidad solo existiría en la mente del autor– se considera que no se les podría aplicar pena.

109. Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho..." (op. cit.), pág. 319 y ss. "Se plantea la cuestión de una tentativa, realizada por autor inidóneo cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente su calidad de autor da comienzo a la acción típica", Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 171.

110. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, p. 194; Bacigalupo, Delitos improprios de omisión, 2ª ed., 1983, p. 105 a favor de la impunidad, Jeschek, Lehrbuch des Strafrecht, p. 433 y ss. en favor de la postura de considerar estos casos como tentativas inidóneas punibles. Citados por Bacigalupo... pág. 482.

111. Hendler, Edmundo y Gullco, Hernán, "Casos..." (op. cit.), pág. 101.

112. Stratenwerth, Gunther, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 211.

113. Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 171.

114. Bacigalupo, Enrique, "Manual de..." (op. cit.), pág. 173.

115. Afirma el autor español que es "irrelevante que la inidoneidad se deba a los medios (pistola descargada), al objeto (cadáver) o al sujeto (...por ejemplo malversación de fondos)". Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 470.

116. "En ambos casos el delito es imposible, pero en el primero de ellos, no hay tentativa, en tanto que la hay en el segundo." Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado..." (op. cit.), pág. 465. "A nivel de tipicidad conglobante se revelará como única diferencia entre la tentativa útil y la tentativa inútil, la existencia de peligro para el bien jurídico en la primera y la ausencia del mismo en la segunda, aunque ambas tendrán como común fundamento para su prohibición el carácter amenazador que ambas presentan. Este carácter no desaparece, pese a la inidoneidad del medio empleado, única diferencia entre ambas formas de tentativa a nivel de tipicidad legal (por lo que también se le llama usualmente tentativa inidónea). Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado..." (op. cit.), pág. 466.

117. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de..." (op. cit.), pág. 609.

II) LÍMITES A LA ACCIÓN PENAL DEL ESTADO

“Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales es, pues, una doctrina no jurídica, sino política, modelada en torno a criterios de política criminal”¹¹⁸.

En esta tercera etapa nos encontramos ya con un concepto de la tentativa inidónea. Frente a este concepto y frente a la letra de la ley es posible afirmar que existen al menos dos soluciones “teóricamente aceptables por el marco del sistema punible, y frente a las cuales no existen argumentos de peso intrasistémico para decidirse¹¹⁹”. Ante la posibilidad de considerar a las tentativas inidóneas como una mera tentativa y ante la posibilidad de considerar que este tipo de conductas deben quedar fuera del ámbito penal, la solución más adecuada deberá buscarse en conceptos relacionados, entonces, con la pura política criminal. Si consideramos al Derecho como un producto cultural, creado a imagen y semejanza del hombre concreto de cada tiempo, con la finalidad de establecer formas de convivencia o de organización política, es evidente que el contenido, y por lo tanto la interpretación de las reglas que el Derecho ha de fijar, es contingente¹²⁰. La posibilidad y la necesidad de adecuar este objeto cambiante a las necesidades y exigencias de nuestra sociedad se manifiesta en todas las ramas del ordenamiento jurídico, pero es, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Penal, en el cual estas necesidades se hacen más visibles. El poder penal es “la expresión más vigorosa del poder del Estado”¹²¹ y, por consiguiente, el área en la cual es más necesario adecuar el modelo normativo a las necesidades concretas de un Derecho pensado tan solo como uno de los instrumentos con que cuenta la sociedad para convivir pacíficamente. Dentro de este

saber contingente, el rol que le cabe a la dogmática no es menor. Si bien, tradicionalmente se admitía que a la misma le cabía un reducido espacio en la búsqueda de limitar, a través de la reglamentación de las garantías constitucionales e internacionales existentes, el poder penal del Estado ya que se consideraba que era fundamentalmente dentro del ámbito procesal penal¹²² en el cual se debían buscar las soluciones, el papel que le cabe a la teoría general del delito es más que relevante¹²³.

a) Concepto material del delito

En la actualidad ya no es posible admitir que un Estado tiene la potestad de castigar cualquier tipo de conducta a través de su Derecho Penal¹²⁴. El concepto dogmático del delito, la letra sin vida del código, esa misma que no menciona a la tentativa inidónea y que por ello no brinda una solución determinada al problema en estudio, debe ser complementado por un concepto material del delito que permita definir, precisamente, qué tipo de conductas y qué tipo de sujetos el Estado está legitimado a castigar. La dogmática, por lo tanto, debe transformarse en un “modo de interpretar el Derecho y de elaborar un método propio de la ciencia jurídica” en busca de “guiar racionalmente la decisión del juez reduciendo la eventual cuota de arbitrariedad; y esta es, precisamente, la función limitadora de la dogmática penal... la dogmática tiene la virtud de trasladar las grandes decisiones político criminales a cada caso concreto”¹²⁵.

La mera existencia de tipos penales¹²⁶ y penas previstas por el legislador “permite reconocer que el legislador presupone la existencia de un derecho del Estado a castigar. Sin embargo nada se ha afirmado

118. “Se ha pretendido –y así lo cree un sector de la doctrina– que caen dentro de las previsiones de la tentativa inidónea, casos en los que falta alguno de los elementos del tipo, como querer matar a un muerto, cometer adulterio con la propia mujer o hurtar lo cosa propia. Estos no pueden ser casos de tentativa inidónea porque son supuestos de delitos imaginarios, es decir, casos de ausencia de tipicidad”. Zaffaroni, *Manifiesto...* pág. 609.

119. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón...” (op. cit.), pág. 472.

120. Rusconi, Maximiliano, “Sistema...” (op. cit.), pág. 51.

121. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 259.

122. Maier, Julio, “Derecho...” (op. cit.), pág. 442.

123. “El Derecho procesal penal es el que se entiende de cerca con el hombre de carne y hueso.” Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 442.

124. Sobre el papel que le cabe a la dogmática actual y sobre los problemas a los que se debe enfrentar en la actualidad; Carbonell Matteu, Juan Carlos, *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 235 y ss.

125. La legitimidad del Derecho Penal provendrá del modelo establecido por la Constitución y fundamentalmente de los Pactos y Tratados Internacionales (legitimidad extrínseca) y de una serie de principios específicos que inspiran y limitan la actuación del Estado provenientes del mismo instrumento jurídico punitivo (legitimidad intrínseca). Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, “Derecho Penal...” (op. cit.), pág. 377.

126. Blyden, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993, pág. 150. En igual sentido se manifiesta Vitale: “El concepto dogmático del delito, se encuentra claramente condicionado por el concepto del delito como ‘hecho mercedor de pena’, es decir por razones que también son de política penal”. “La dogmática penal no puede ser un instrumento ciego de aplicación de la ley sino que, por el contrario, para averiguar si un hecho es el que la ley describe, debe valerse tanto de los aportes que proporcionan las consideraciones político criminales,

aun sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penar-la¹²⁷". Es precisamente este concepto, previo al ordenamiento legal y basado en criterios políticocriminales, sobre el cual se debe trabajar para determinar la conveniencia o no de la punibilidad de la tentativa inidónea.

Un Estado democrático debe contar con un Derecho Penal respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes, y esta obligación implica, según Ferrajoli: "la novedad histórica del estado de derecho respecto de los demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en reglas de legitimación interna, por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externas relativas al cuándo y al cómo del ejercicio de los poderes públicos¹²⁸". En la actualidad, por lo tanto, estas condiciones, positivizadas a través de procesos constitucionales, han tornado a las justificaciones del poder punitivo en requisitos de regularidad formal y en condiciones que definen las modalidades en las cuales se verifica la justicia sustancial del Estado¹²⁹.

Admitida la relatividad del castigo, consensuada la conciencia de que el Derecho Penal no puede ni debe abarcar todas las conductas moralmente desaprobadas por una sociedad determinada¹³⁰, ante la tajante diferenciación entre el orden moral y el jurídico, el relativismo ético y jurídico nos lleva a afirmar la exclusión de la posibilidad de criterios absolutos de justificación de la pena y a buscar construir solamente criterios que inquieran limitar el accionar del poder punitivo del Estado¹³¹.

En este trabajo sostendré que existen, por lo menos, tres postulados que deben ser respetados para

que una conducta pueda ser considerada como incluida dentro de los fines que tiene una norma penal. Estos principios son la exclusiva protección de bienes jurídicos, el carácter subsidiario del Derecho Penal individual y la necesidad de aplicar el principio de lesividad para resolver el caso en cuestión.

b) Protección exclusiva de bienes jurídicos

b.1 La lesión del bien jurídico frente a la lesión al Derecho

Admitido que "no cualquier conducta puede ser controlada por el derecho penal como sistema de control social, sino que, para ello, debe —al menos— estar dirigida a afectar un bien jurídico",¹³² desarrollaré el cambiante contenido y el porqué del nacimiento del concepto del bien jurídico.

La relación directa entre legitimidad del Derecho Penal y la protección de bienes jurídicos constituye un punto de referencia de la política criminal y da contenido al concepto de delito que cada sociedad desee, debiendo optar entre los paradigmas del bien jurídico o de la lesión al derecho. "Lesión al derecho" implica una concepción del Derecho, incapaz de limitar el poder punitivo del Estado, que ve en la infracción a la norma una desobediencia que debe ser castigada por el Estado por cuanto es al cuerpo social todo, y no la víctima, el que debe reaccionar ante esta desaprobación del *status quo*¹³³. La ilicitud se configura, por lo tanto, como una infracción a una norma que no debe necesariamente estar relacionada con la lesión objetiva a un interés determinado¹³⁴. Una tentativa inidónea no es una afectación a un interés de un individuo de carne y hueso sino que se transforma en una desobediencia a una norma etizante, una

como entre otras, las criminológicas". Vitale, Gustavo L. *Principio de insignificancia y error*, Publicación de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, 1988, pág. 32 y ss.

127. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.), pág. 75. La legitimidad del poder punitivo, inherente al poder estatal mismo, "se justifican por su propia existencia, es decir porque guste o no, es una realidad, una nuda necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia pacífica y organizada".

128. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 51.

129. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 354.

130. "La especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no solo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial." Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 358.

131. "Todos los delitos son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos." Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 461.

132. Estos límites o condiciones negativas de punibilidad no son "más que las garantías penales o sustanciales...; el principio de ofensividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que respectivamente definen los tres elementos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad", Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 359.

133. Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 36.

134. "Esta reacción antiliberal contra las pretensiones acotantes del poder punitivo, que habían sido colocadas en el clima por FEUERBACH y la escuela Toscana, implicó la definitiva estatización de todos los bienes jurídicos y, a la vez, sirvió para proclamar un pretendido *ius puniendi* que

desobediencia del individuo al contrato social por el cual él mismo admitió su propia punición, una ruptura "del pacto social básico"¹³⁵, un ataque a la comunidad toda en definitiva¹³⁶. Esta concepción supraindividual del delito, a través de la cual se concibe un interés general y una lesión también general ante cada violación de la norma, concibe necesariamente al Estado no como un administrador de conflictos entre partes, que actúa de modo subsidiario, sino que lo transforma en un celoso guardián de su Derecho. Un Derecho Penal de infracción, que no respeta el principio de lesividad, que no exige el daño para reaccionar, se transforma en un Derecho Penal máximo, en un fundamentalismo. A pesar de justificarse como un canalizador de violencias particulares, como un instrumento para evitar venganzas, no hace más que apropiarse de la posibilidad de intervenir en la totalidad de los conflictos en los que intervienen los particulares para posteriormente decidir, no racionalmente, sobre cuáles de ellos aplicará sus poderes punitivos¹³⁷.

Una concepción que fundamenta el ilícito –y no la posibilidad de perseguir penalmente– a partir del disvalor de acción ingresa en un "mundo supersticioso de valores, voluntades, ánimos defectuosos que condenó la autoridad de la fe para instaurar la fe en la autoridad"¹³⁸. Partiendo de premisas tales como que "Lo ilícito se agota en el disvalor de acción, mientras que el resultado efectivamente producido no integra la ilicitud sino que solo puede cumplir para nuestra ley la función sistemática de condicionar la punibilidad"¹³⁹, se sostiene que ante la multiplici-

dad de cursos causales que puede desarrollar una conducta, luego de que el autor ha perdido el control de su accionar, el Derecho Penal solo puede exigir normativamente que "se eviten conductas, pero no meros resultados"¹⁴⁰ y que "El concepto sistemático de ilícito exigido por el derecho penal de culpabilidad confirma ...la necesaria eliminación del disvalor del resultado del ilícito, sea en forma de resultado efectivo, sea en forma de capacidad de resultado objetiva de la acción"¹⁴¹. Herramientas y razonamientos dogmáticos que no hacen más que configurar un Derecho Penal omnipresente e incontrastable en la realidad.

Analizada a partir de esta concepción del Derecho, que considera que "La tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible; lo demás es casualidad"¹⁴² no es posible encontrar límite alguno para poder punir los casos de tentativas inidóneas. Partiendo de un concepto del delito absolutamente subjetivizado "se entiende al delito como lesión de la confianza pública o, más formal, como infracción a la validez fáctica de una norma" y, por lo tanto, ante la desobediencia, aplicación de la ley en forma inmediata, sin tener en cuenta las consecuencias que dicha aplicación pueda acarrear y sin tener en cuenta el carácter subsidiario que el Derecho Penal debe tener.

Opuesta a esta concepción, previa al iluminismo pero que ha recobrado fuerzas nuevamente durante este siglo, surgió la teoría del bien jurídico, producto histórico del movimiento que le dio origen, que te-

se convirtió en único bien jurídico a tutelar. En esta dinámica, la víctima queda reducida a mero signo habilitante de poder punitivo aun a expensas de su consentimiento en el hecho". Alagia, Alejandro, *El consentimiento en la dogmática penal*, trabajo inédito.

135. Explica Sancinetti, que la teoría finalista deja de centrar su análisis en la lesión a un objeto de bien jurídico, un hombre muerto por ejemplo, para determinar que "Lo decisivo es que un sujeto, un miembro de la comunidad, ha realizado una acción con tendencia al menoscabo del objeto del bien jurídico, expresando con ello que la vida de otro, su integridad corporal, su propiedad no le importan". Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 23.
136. Eser, Albin, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima" en: *Criterios de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, pág. 25.
137. Un punto importante es el rol que juega la víctima en este tipo de sistemas. Una concepción del ilícito basada no en un daño concreto produce un desplazamiento del rol de la víctima ante un interés supuestamente superior de la comunidad toda en el castigo de esta conducta disvaliosa. "De este modo, la víctima no se ve desplazada, ni de modo necesario ni de manera completa fuera de la concepción del delito; pero sí que debe ya compartir su puesto (el cual es de menor rango) con la comunidad (superior)".
138. "a punição é um recurso conservador, para a manutenção da ordem, o restabelecimento de normas que foram rompidas e a afirmação dos valores normais de uma sociedade". Singer, Helena, "Direitos humanos e volúpia punitiva" en: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. (<http://www.direitos.humanos.usp.br>).
139. Alagia, Alejandro, "De la civilización..." (op. cit.), pág. 179.
140. Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 67. En idéntico sentido afirma Sancinetti que "La razón de una imputación está siempre en aquello dominable por el sujeto a quien se le formula la imputación. Y aquello que el sujeto puede dominar son sus actos... dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones y que las acciones a su vez producen un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación solo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho. El resultado como tal, está afuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su acto". Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 24.
141. Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 70.
142. Zieliński, Dietrich, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

mió los excesos del poder, que temió al tándem moral-derecho pero que de modo alguno cedió el poder penal como arma de control social surge el concepto de bien jurídico como "arma contra una concepción moralizante del derecho"¹⁴³ (sic). De esta manera la doctrina del bien jurídico implica una doble restricción al poder penal del Estado. En el plano legislativo "constituye ya una garantía, al obligar a un esfuerzo de justificación en la creación de normas"¹⁴⁴, y en el ámbito de la aplicación de la ley, solo se considerará que existe delito bajo este nuevo paradigma en tanto y en cuanto se demuestre que se "lesiona intereses materiales de otras personas"¹⁴⁵, debido a que ningún otro interés tendría que ser protegido por el Derecho Penal¹⁴⁶. Las perspectivas auspiciosas de esta promesa pronto se desvanecieron como analizamos anteriormente. Un pretendido concepto limitador de la persecución penal que sea definido como "todo aquello que para el legislador es valioso como condición de la vida sana de la comunidad jurídica"¹⁴⁷, produjo una nueva desindividuación del concepto de delito. El delito, ahora legitimado por la defensa de bienes jurídicos abstractos, ya no es lo que parece y se ha transformado en una "perturbación del ordenamiento jurídico indivisible...una vulneración al orden estatal"¹⁴⁸, alejándose definitivamente de la idea de una lesión al sujeto afectado en forma directa por la conducta.

b.2 Bien jurídico como limitador del poder penal

El requisito de la exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁴⁹ tiene directa relación con qué tipo de conductas puede el Estado castigar penalmente y, sobre todo, con qué requisitos deben tener dichas con-

ductas para que las mismas puedan ser enmarcadas dentro de la finalidad de la norma aplicable. Ya hemos analizado el poder del Estado de definir las conductas prohibidas, de arrogarse la posibilidad de investigar las posibles violaciones a las mismas y de castigarlas con penas en caso de que la violación se haya comprobado no es ilimitado y que la legitimación del *ius puniendi* (sic). En la actualidad, tal legitimación solo puede provenir de la precisa determinación del concepto material del delito relacionada con el cometido originario del Derecho Penal, la "protección subsidiaria de bienes jurídicos"¹⁵⁰ y con la noción básica de que el Estado no debe adoptar un carácter perfeccionista, reservando su poder penal solo para la protección de la moral intersubjetiva¹⁵¹.

Roxin, en este sentido, afirma que el Derecho Penal solo debe limitarse a la protección de bienes jurídicos y que la preservación de la norma moral no es misión del Derecho Penal y considera que su postulado implica la necesidad de "prescindir de la penalización de comportamientos que se aparecen como inmorales ...siempre y cuando mediante tales comportamientos nadie se vea perjudicado"¹⁵². La eliminación de meras inmoralidades, y por qué no, de meras desobediencias al Derecho, deben quedar excluidas del campo penal. Partiendo del presupuesto de que el Derecho Penal solo puede actuar en la medida que busque la efectiva protección de bienes jurídicos, es necesario determinar cuáles han de ser los contenidos y cuál ha de ser el sentido que se le dará a la palabra. El concebir al Derecho Penal como un instrumento de limitación del poder penal del Estado hace que la determinación del concepto¹⁵³ deba ser realizada teniendo en cuenta la necesidad de do-

143. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo ..." (op. cit.), pág. 25.

144. Hassemmer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 37.

145. Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel, "Consideraciones..." (op. cit.), pág. 45.

146. Hassemmer, Winfried, "Fundamentos..." (op. cit.), pág. 37.

147. "Por una ampliación del concepto de bienes jurídicos a "bienes comunes", tales como por ejemplo las ideas religiosas del pueblo. Birmabaum, "Über das Erlösens einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen" Archiv des Criminalrechts, 14 (1834), pp. 149 - 194. Citado por Eser.

148. Binding K., *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1ª edición, Leipzig, pp. 187 y ss. Citado por Eser en "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima" en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, pág. 35.

149. Eser, Albin, "Sobre la exaltación..." (op. cit.), pág. 35.

150. "Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". Roxin, Claus, "Derecho..." (op. cit.), pág. 56.

151. Roxin, Claus, "Derecho..." (op. cit.), pág. 51.

152. "Solo las pautas de moral pública o intersubjetiva pueden ser objeto de homologación jurídica, mientras que el perfeccionismo sostiene que es misión del Estado también hacer efectivos los ideales de excelencia humana o de virtud personal". Nino, Carlos, *Fundamentos del Derecho Constitucional*, pág. 304.

153. Roxin, Claus, "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", en: *Doctrina Penal*, año 2, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 508.

tarlo de un sentido que limite la posibilidad de persecución. Hassemmer sostiene que "solo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona. Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida que –mediatamente– sean también intereses de la persona¹⁵⁴". Contrario a esta concepción se muestra Jakobs, quien considera que el tomar como exclusivo punto de partida al bien jurídico implica la posibilidad de perseguir penalmente todo tipo de conductas que puedan llegar a ser consideradas como peligrosas. Afirma el autor de Bonn que "el autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta todavía no socialmente relevante, sino que es sólo fuente de peligro, o con otras palabras, enemigo del bien jurídico¹⁵⁵".

Considero que hoy día solo es posible hablar y conceptualizar una acción humana imputable a un individuo a partir de criterios jurídicos previamente establecidos. Lo relevante para el Derecho será solo si ha existido o no una acción riesgosa para un bien jurídico determinado. Es conveniente retomar el camino iniciado hace más de dos siglos y utilizar las posibilidades que brinda el concepto del bien jurídico. Esta oportunidad solo puede ser aprovechada a través del desarrollo de una política criminal¹⁵⁶ que limite y contorne la figura con precisión, evitando toda referencia a la protección de bienes jurídicos abstractos y relacionando siempre el concepto con la lesión efectiva de algún interés concreto de una persona concreta. Esta limitación se deberá complementar, básicamente, a través de la exigibilidad de la lesividad social de la conducta a ser punida y a la necesidad de que toda conducta prohibida penalmente sea derivada en forma directa de los preceptos constitucionales y a que la protección tenga en cuenta el libre desarrollo del individuo.

c) Subsidiariedad

El Derecho no puede ni debe pretender ser el único instrumento de control social existente. Por el contrario, al ser sin duda el instrumento más brutal con que cuenta el Estado, solo se debe acudir al uso del Derecho Penal cuando el mismo busque la exclusiva protección de bienes jurídicos en tanto esta actuación sea la *ultima ratio*. El pretender utilizar al Derecho Penal como una instancia ordinaria de resolución de conflictos implica desconocer la importancia de "todas las instancias motivacionales de la sociedad civil previas a la intervención punitiva, por las cuales la autoridad logra obediencia de los ciudadanos ante la ley¹⁵⁷". La consecuencia inmediata de este principio es que se debe postular una descriminalización de todos aquellos terrenos en los cuales estos requisitos no se cumplan. Disvalor social, economía procesal, legitimidad del castigo e imagen del Derecho Penal en la sociedad, son temas íntimamente relacionados con este punto.

Sostiene Roxin que "La idea político-criminal de que el derecho penal deba ser fragmentario o subsidiario, es decir que sea preferible cualquier otro instrumento social de conducción eficaz al empleo del derecho penal¹⁵⁸", encuentra su fundamento en el considerar "que la pena criminal es a menudo perjudicial para la posición social de quien se ve afectado, de que ella es socialmente dañina y que, por tanto, sólo hay que ampararse en ella cuando sea el único medio de evitar un mal todavía mayor¹⁵⁹".

Ante un Derecho Penal que no puede enfrentar todos los posibles conflictos sociales, el hacer un uso racional de los medios disponibles –"evitar la sobrecarga del sistema y fijar un límite definitivo de las funciones que puede llegar a emprender¹⁶⁰"– implica, entre otras medidas, la descriminalización de toda conducta que al menos sea lesiva o peligrosa para

154. "Hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto bien jurídico de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido". Roxin, Claus, "Derecho..." (op. cit.), pág. 54.

155. Hassemmer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 109.

156. Jakobs, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pág. 295.

157. "Aun cuando, no obstante se considere esta cuestión decidida en el sentido del postulado del bien jurídico, el rendimiento político-criminal de tal concepción depende aún del desarrollo de un concepto suficientemente explícito y expresivo de bien jurídico". Roxin, Claus, "El desarrollo..." (op. cit.), pág. 508.

158. Alagia, Alejandro, "De la crítica..." (op. cit.), pág. 187.

159. Roxin, Claus, "El desarrollo..." (op. cit.), pág. 510.

160. Roxin, Claus, "El desarrollo..." (op. cit.), pág. 510.

un individuo de carne y hueso¹⁶¹. Pero no solo razones utilitarias justifican la aplicación del principio de subsidiariedad. Es posible afirmar que debido a "La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones"¹⁶². De esta manera, una figura penal que no busque prevenir este tipo de conflictos no tendría justificación alguna en un Estado de Derecho y, por lo tanto, el único camino válido por seguir sería la derogación de dichas normativas.

Por último, el principio de subsidiariedad permite que el Derecho Penal procure recuperar algo de su actualmente pobre credibilidad. Sobre un Derecho Penal que permita que los casos realmente relevantes queden impunes y que simultáneamente inicie un proceso ante una tentativa inidónea, no hará más que afianzar mayormente la imagen de un Derecho seriamente cuestionado¹⁶³. Nuevamente, porque "nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad¹⁶⁴", la despenalización formal o material de este tipo de conductas es imperiosa debido a que "si se extravía el conflicto como dato real de un castigo, nadie asociará el castigo a un crimen, y eso necesariamente lleva a la autoridad a una crisis de legitimación, porque no se tolerará que el gobierno descansa en el puro ejercicio de la violencia, sobre la imagen idealizada de un hombre bueno¹⁶⁵".

d) El principio de lesividad

Si como afirmamos con anterioridad, debe ser tajante la separación entre el derecho y la moral, y por lo tanto existe una prohibición de penar comportamientos meramente inmorales, el campo del Derecho Penal se debe reducir a actitudes o comportamientos que en un modo grave lesionen a terceros¹⁶⁶. De esta manera, la referida absoluta necesidad de las leyes penales sumada a la lesividad para terceros de los hechos prohibidos¹⁶⁷ "se convierten en supuestos que el Estado deberá probar cada vez que pretenda hacer uso de su poder penal".

El objetivo del Derecho Penal "debe ser prevenir ciertos estados de cosas socialmente perniciosos con prescindencia de la buena o mala voluntad de los agentes que lo generan¹⁶⁸". Un ilícito deberá consistir en una acción que -analizada ex post- hubiera sido mejor evitar. Todo ilícito para ser considerado como tal ha de haber dejado el mundo un poco peor que el estado que reflejaba antes de la acción o la omisión. Sin este requisito objetivo, la respuesta del ciudadano debe ser la propuesta por Bínider, "aquí el Estado no tiene poder porque esta acción está fuera del Derecho Penal"¹⁶⁹. La teoría general del delito, para afirmar que un injusto es punible, deberá demostrar que el mismo ha lesionado, o al menos, que ha puesto en peligro un bien jurídico digno de ser protegido por el Derecho Penal. El intérprete tendrá que, en su análisis, trascender del estudio de la mera conducta del

161. Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad, citado por Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 44.

162. "Si no se malgastara tanto esfuerzo en perseguir a los autores de conductas penalmente intrascendentes, la Justicia Penal podría entonces ponerse al servicio de una mejor investigación de aquellos hechos que perturban a la comunidad de una manera intolerable". Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 45.

163. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 465.

164. Los ejemplos de este uso irracional del poder penal en las tentativas inidóneas abundan, Muñoz Conde, específicamente sobre el tema, afirma que deben salir del Derecho Penal "aquellos supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido (el autor quiere envenenar con azúcar o derribar un avión a pedradas)... con una fundamentación puramente subjetiva, no hay diferencias entre estas tentativas y las otras". El fundamento que impide una extensión de la punibilidad a este tipo de casos es que llevarían a sentir compasión o a mover a risa a la sociedad si la misma buscara imponer su poder penal. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal..." (op. cit.).

165. Roxin, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 22.

Straatenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte general, I. El hecho punible*, traducción de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, Ederesa, Madrid, 1982, pág. 159.

166. Alogia, Alejandro, "De la crítica..." (op. cit.), pág. 181.

167. "El principio axiológico de la separación entre derecho y moral... veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo perversos, hostiles o, incluso, peligrosos. E impone, por mor de tutela (sic) de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros." Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 465.

168. "Se trata de un principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro y que es denominador común a toda la cultura penal ilustrada." Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón..." (op. cit.), pág. 466.

169. Rusconi Maximiliano, "Sistema..." (op. cit.)

sujeto y deberá realizar un análisis objetivo de la conducta llevada a cabo. Hassemer¹⁷⁰ resume lo expuesto claramente "La conducta humana solo puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico, con esta máxima (re)aparece la víctima después de haber permanecido oculta por los principios de reprochabilidad, de antijuricidad (sic) y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a una vulneración de una norma ética o divina, antes bien tiene que demostrar la lesión a un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han lesionado sus bienes o intereses".

Con el principio de lesividad el Derecho Penal deja la impropia función que busca perpetuar –y por ende conservar– una identidad determinada de la sociedad. El principio nos permite acercarnos a un Derecho Penal que, además de funcionar como control del poder¹⁷¹, se pretenda solo como una posible solución a los conflictos más graves¹⁷² o como un mero redefinidor de conflictos¹⁷³.

Contra el principio de lesividad se manifiesta Sancinetti al afirmar que "Un principio de lesividad, en el sentido de que la medida de un hecho punible está dada por la medida del daño materialmente efectivamente causado por el delito sobre un objeto bien jurídico, es incorrecto"¹⁷⁴ (sic). Considera que la trascendencia de la conducta en el mundo real es algo no dominable por el autor del delito y que, por lo tanto, el plus del resultado no lo puede ni beneficiar ni perjudicar. Considero que, debido a que el Derecho Penal solo se puede ocupar fragmentariamente de conductas que como mínimo hayan empeorado la situación en la cual el mundo se encontraba con an-

terioridad a que la conducta fuera realizada, es conveniente requerir como mínimo para la intervención del Estado la dañosidad social para que, de esta manera, solo actúe el Derecho Penal en tanto y en cuanto su intervención tome en cuenta, y no sea disfuncional, para las necesidades e intereses del sistema social¹⁷⁵. Ante una conducta que no ha sido socialmente dañosa o que sus efectos lesivos que ha producido el conflicto en cuestión ha trascendido el mero interés entre las partes del mismo (sic), deberá ser analizada bajo el principio del *In dubio pro libertate*, que establece que salvo que se haya demostrado con claridad que una conducta determinada ha producido un efecto socialmente dañoso, la misma debe quedar fuera de la órbita del Derecho Penal¹⁷⁶.

El presupuesto de lesividad cumple, entonces, una "función reductora frente a una *potentia puniendi* siempre irracional, porque así lo impone la propia Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos: no se puede negar la absoluta irracionalidad infraconstitucional de pretender prohibir lo que no lesiona a nadie, porque no hay lesión, o ella es insignificante, o porque el sujeto pasivo no es víctima al consentir un riesgo o directamente un resultado lesivo¹⁷⁷". Una acción no lesiva implica la violación del principio de trascendencia a terceros, y por consiguiente, una intromisión del Estado en acciones privadas protegidas por el artículo 19 de nuestra Constitución, debido a que "si una acción no causa daño alguno a un bien jurídico de un tercero o a un bien jurídico colectivo, constituye una acción privada y no puede formar parte del contenido del Derecho Penal"¹⁷⁸.

Sin embargo, al igual que ocurre con el concepto del bien jurídico, la labor de la jurisprudencia y de la

170. Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 157.

171. Hassemer, Winfried, "Fundamentos..." (op. cit.), pág. 37 y ss.

172. "El derecho penal como derecho al control del poder, como límite al poder". Alagia, Alejandro, "De la crítica..." (op. cit.), pág. 179.

173. "Un Derecho Penal al servicio de la solución de los conflictos más graves, extremadamente graves. Ello solo puede lograrse si los escasos medios con que contamos para hacer frente a la 'cuestión penal' son reservados para la investigación de aquellas conductas que, por su especial gravedad, sea más útil socialmente investigar y eventualmente penalizar, que directamente no investigar, al menos a través de un sistema de control social". Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 15. "Instrumento de control de las conductas más insostenibles". Vitale, Gustavo L. "Principio de..." (op. cit.), pág. 38.

174. "La justicia penal no soluciona ningún conflicto, su función consiste en 'redefinir' el conflicto en términos –en el mejor de los casos– más legítimos o más 'pacíficos' para una determinada sociedad". Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 61.

175. Sancinetti, Marcelo, "Subjetivismo..." (op. cit.), pág. 25.

176. Hassemer, Winfried, "Fundamentos..." (op. cit.), pág. 38.

177. Hassemer, Winfried, "Fundamentos..." (op. cit.), pág. 39. El autor alemán da como ejemplos de conductas que no producen un daño social con certeza a los exhibicionismos, a las conductas denominadas de escándalos públicos, a los encantamientos maléficos, a quien causa la muerte de otro que ha decidido suicidarse y a todas las conductas punibles bajo el pretexto de que las mismas son contrarias a las buenas costumbres.

178. Alagia, Alejandro, *El consentimiento en la dogmática penal*, trabajo inédito.

doctrina es ardua¹⁷⁹, ya que el principio de lesividad no logra determinar con precisión la naturaleza ni la cuantía del daño requerido para que el Estado pueda imponer una sanción penal. El legislador y el juez cuentan, por ende, con la posibilidad y el desafío a la ciencia jurídica de demostrar y de justificar que, en el caso concreto, se ha configurado la concreta lesividad de resultado.

d.1 Exigencia de enantiotelidad

Absolutamente relacionado con el principio de lesividad se encuentra la exigencia de enantiotelidad de la conducta desarrollada por el sujeto. Una conducta no será enantiotélica, a pesar de que cause un daño, si de ella no se puede que es irrazonablemente peligrosa (sic), debiendo efectuarse la evaluación de este peligro en forma independiente de las actitudes internas del sujeto. De esta manera, aunque se verifique un disvalor de acción, la conducta no debe ser punible cuando la acción no produce la clase de riesgo o daño que el Derecho está destinado a precaver¹⁸⁰. Las tentativas inidóneas brindan un ejemplo excelente de conductas que no verifican este supuesto.

Nino, proponiendo un modelo de derecho liberal, en el cual la pena solo encuentra justificación en la prevención de actos dañosos frente a terceros (y nunca frente al mismo autor de la acción), excluye la enantiotelidad ante la ausencia del daño o peligro, así como ante la concurrencia de permisiones que están contenidas en el Derecho, las cuales deben ser analizadas como cuestiones puramente objetivas, por cuanto en estos supuestos la subjetividad del autor es irrelevante¹⁸¹. Afirma Nino que si toda pena implica una amenaza frente a determinados riesgos, dicha finalidad no se extiende a otras situaciones, que si bien pueden ser encuadradas formalmente en las normativas penales, pero que en modo alguno coinciden con la finalidad de la norma. En este sentido, afirma que "el efecto disuasorio del derecho penal se funda en la asociación entre los actos que los individuos se ven inducidos a evitar y los actos que

acarrear pena, lo cual implica el requisito obvio de que la primera clase coincida con la segunda. Hay que concluir que ningún acto es punible si no pertenece a la clase de los que la ley quiere prevenir a causa de su carácter dañino¹⁸²". Es claro que una tentativa inidónea cae dentro de este tipo de conductas, que no verifican, en modo alguno, esta congruencia y que, por lo tanto, al no producirse en el caso concreto una verificación del daño realmente ocasionado a una víctima provoca "que el respecto de los individuos hacia la ley penal se reduzca, deteriorando, en última instancia, el efecto disuasor¹⁸³" (sic).

III) Conclusiones: ¿una solución dogmática?

En resumen, las tentativas inidóneas son quizá un paradigma de cómo el Estado puede arrogarse funciones que van mucho más allá de lo que puede y debería llevar a cabo a través de su Derecho Penal. Los principios limitantes que hemos mencionado nos permiten configurar un Derecho solo al servicio de la solución de los conflictos extremadamente graves. Este objetivo solo puede ser logrado si los medios escasos con que cuentan las administraciones de justicia son reservados para la investigación de conductas que, por su extrema gravedad, sea necesario socialmente investigar y llegado el caso penalizar.

Ante una jurisprudencia nacional que ha afirmado que a diferencia de la tentativa idónea, en la cual existe un bien amenazado "que realmente ha corrido peligro, en la segunda (refiriéndose a la tentativa inidónea) solamente existió la amenaza¹⁸⁴", poco cabe dudar de la configuración de estos supuestos fuera del Derecho Penal. Las tentativas inidóneas no resisten un análisis objetivo de la conducta desarrollada. Si se afirma con certeza que ya "no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico¹⁸⁵", no debe bastar con una intención contraria a la norma para que una conducta

179. Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993, pág. 157.

180. Sobre la ardua pero necesaria labor que debe cumplir el legislador y la judicatura. "Creo que no debe preocupar tanto el crimen como voluntad defectuosa, como estudio para establecer los principios de una teoría que normativice la tecnología estatal para reprimir el delito como único elemento legitimante: el principio de lesividad". Alagia, Alejandro, "De la crítica..." (op. cit.), pág. 179.

181. Principio de intersubjetividad del Derecho Penal, que establece que el mismo solo puede actuar cuando se produzca una afectación a terceros, excluye del campo penal también toda conducta autodegradante.

182. El tomar en cuenta los motivos significaría, según Nino, adentrarse en el ánimo del sujeto, labor prohibida para el Derecho Penal.

183. Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 306.

184. Nino, Carlos, "Los límites...", (op. cit.), pág. 311.

185. Ccrim. y Correcc. San Martín, Sala I, abril 7-994, Giménez, Carlos T. y otra, LLBA, 1994-626.