

## ¿FUNDAMENTACIÓN OBJETIVA DEL ILÍCITO EN JAKOBS?\*

MARCELO A. SANCINETTI\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Gracias señor presidente. Con la venia del Tribunal, vengo a saldar –o a intentar hacerlo, que es lo importante– una antigua deuda que mantengo con la Universidad Com-

\* Texto íntegro de la disertación dada por el autor en la Universidad Complutense de Madrid, el 7-VII-1994, para acceder al título de 'doctor en Derecho', por dicha Universidad (notas de pie de página incorporadas para la publicación). Como director de la tesis (titulada originalmente: *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs? –A la vez, una investigación sobre el ilícito del hecho testado y el desistimiento de la tentativa*) actuó el Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig, y como integrantes del tribunal examinador, los profesores doctores Carlos Suárez Coscámez, Jesús María Silva Sánchez, Enrique Bacigalupo Zapater, Antonio García-Pablos de Molina y Luis Rodríguez Ramos. La tesis fue calificada como *opta cum laude*, la máxima calificación de las normas universitarias españolas. La obra aparecerá publicada durante 1995 por la editorial Temis de Bogotá, bajo el título: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa – A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Una versión alemana de esta obra (*Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch – Zugleich eine Untersuchung der Unrechtsbegründung bei Jakobs*), aparecerá publicada bajo el sello de Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995 (trad. de Manuel García Melló, Sebastián Dauchler, Cristof Marra, Patricia S. Eifer y Ruth Zimmerling).

\*\* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

plutense de Madrid, una deuda que contraje durante el ciclo lectivo 1985-1986, cuando la comunidad de juristas españoles me acogió en estas aulas, gracias a la generosidad de una beca concedida por el Instituto de Cooperación Iberoamericana, para realizar una investigación sobre teoría de las normas e ilícito de la tentativa, bajo la dirección del profesor Enrique Bacigalupo. El trabajo que aquí comencé derivó luego en una investigación algo más amplia sobre la estructura subjetiva del ilícito penal, completada en Buenos Aires bajo la dirección del profesor Julio Maier, y presentada ante mi Universidad como trabajo de tesis doctoral en 1990<sup>1</sup>. Dejé trunco así el propósito de doctorarme ante esta tradicional Universidad que tan gentilmente me había acogido, cuando asistí a tres cursos monográficos de doctorado, dos de cuyos profesores integran hoy este tribunal, los doctores Antonio García Fablos de Molina y Luis Rodríguez Ramos.

Agradezco profundamente, pues, al profesor Enrique Gimbernat Ordeig el haberme apadrinado en esta empresa, y alentado para concluir la bajo su dirección, a pesar de saber desde la aceptación del cargo de director de esta tesis, que el doctorado habría de sostener puntos de vista posiblemente inadmisibles para él. Lo que quizá no sepa Don Enrique Gimbernat es que debo a sus primeros libros, especialmente a *Delitos cualificados por el resultado y la causalidad* —leído cuando recién comenzaba a estudiar Derecho Penal con el profesor Bacigalupo— el haber temido muy tempranamente que quizá no todo lo que decía Welzel fuera correcto.

Mi intento de hoy va más allá de procurar un segundo título de doctor, que carece de significación propia en la vida de un jurista. Más bien trata de rendir homenaje al constante alimento que la dogmática española produjo para los países latinoamericanos, acercándonos, traduciéndonos y reelaborando una doctrina alemana que, de otro modo, habría resultado prácticamente inaccesible para quienes nos criamos allá. También, un homenaje a la generosidad con que

<sup>1</sup> Tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires (1990), cuyo título original rezaba: *Dissoluto de acción y teoría del ilícito (El dolo como caracterizador del ilícito)*. El trabajo fue publicado al año siguiente bajo el título: *Teoría del Delito y Dissoluto de Acción - Una Investigación sobre las Consecuencias Prácticas de un Concepto de Ilícito*. Circunscripto al Dissoluto de Acción, Buenos Aires, 1991.

España recibió en circunstancias difíciles a algunos compatriotas míos y de otras tierras que debieron abandonar las suyas sin haberlo querido, brindándoles aquí la posibilidad de continuar sus investigaciones, en un marco más favorable que el que tenían en origen.

Para este intento, el presente jurado da un marco especial a mi trabajo. Están representadas aquí diferentes corrientes de la doctrina española, y también diferentes generaciones. Además de los profesores ya mencionados lo integran un destacado discípulo de Santiago Mir Puig, el profesor Jesús María Silva Sánchez, y está representada así la Escuela que más cercana podía estar de mi tesis doctoral de 1990 —aunque, por cierto, no totalmente coincidente, menos aun con el trabajo de hoy—, y, por último, el profesor Carlos Sudrez González, un ferviente partidario de la obra de Günther Jakobs, una obra que está, justamente, en el centro crítico de mi trabajo.

Parte de la base, entonces, de que este honroso marco es aún mayor, si se piensa que ningún miembro del tribunal, al igual que mi director de tesis, comparte el punto de vista central que subyace a mi investigación.

Este nuevo trabajo es un producto derivado de mi investigación anterior, aquí iniciada. También una corrección de ella en un punto neurálgico para la teoría de la imputación —la impunidad por desistimiento de la tentativa—, que yo había resuelto en aquel libro de manera totalmente discordante con la teoría del ilícito que quería fundamentar: el ilícito no podía estar constituido por ningún ingrediente de azar, sólo un acto de voluntad podía contraerse a la norma, infringirla; pero el desistimiento, en cambio, al ser una mera causa de exención de pena, una excusa, podía estar cruzado de toda la magia causal de la que yo quería ejercer al ilícito. Lo que me parecía grotesco en la teoría del injusto no me parecía tan burdo para la impunidad por desistimiento. Aun cuando sólo para el caso de una tentativa ya acabada, hacia falta —según mi punto de vista— que el autor evitara efectivamente el resultado, es decir, que el arrepentimiento activo fuera exitoso; entonces, y sólo entonces, se ganaba la impunidad.

Entre 1991 y 1993 tuve la ocasión de abocarme a esta incongruencia, esta vez gracias a la generosidad de la Fundación Alexander von Humboldt, que me permitió estudiar en las aulas de Welzel, junto al colega Günther Jakobs, cuál

sería la verdadera solución a ese problema. Jakobs me había facilitado en mucho la misión, digámoslo así, ya había dado *él* la respuesta: el rendir homenaje a la fórmula burda: "Ende gut, alles gut" ("final bueno, todo bueno"), no puede convencer. El autor que admite la posibilidad de que el hecho se desligue de su dominio, que pueda irrogar un daño —sin reservarse una posibilidad segura de revocación— produce ya algo *perfecto, irrevocable*. El hecho quedará o bien consumado, o bien fracasado; ya no se puede desistir. El comportamiento posterior a esto podrá tener significación para la determinación de la pena sólo como conducta posterior al hecho; nada más.

Ahora bien; si esto es así, y si, a su vez, las condiciones para la operatividad de este restringido desistimiento, se definen según la representación del autor —como lo hace efectivamente Jakobs—, entonces, no se entiende bien por qué si podría cumplir el resultado una función para co-constituir el ilícito, para fundamentarlo, como siempre lo sostuvo Jakobs, siguiendo en este punto a su viejo maestro, y distinguiéndose con cuidado de Armin Kaufmann y sus discípulos. Y no se entiende, porque si el fracaso de la tentativa producido por un comportamiento posterior al hecho que logra efectivamente el salvamento, es, justamente, *posterior al hecho*, entonces también es *posterior al hecho* la consumación, es decir, que el hecho *no fracase*. En pocas palabras: el hecho es la tentativa acabada; cualquiera de los dos desenlaces posibles que ella tenga es una contingencia posterior.

Era obvio que en Jakobs se daba así la contradicción de sentido contrario a aquella en la que había incurrido yo. ¿Cuál de las dos partes contrapuestas de Jakobs es la correcta? ¿No debe valer el resultado en el ilícito —como yo creo— o debe valer la liberación de pena de un desistimiento tardío pero exitoso —como yo creía—? Mi investigación giró entonces desde el desistimiento hacia la teoría del ilícito nuevamente, pero no ya en la presentación general de teorías y problemas, que defectuosamente o no había hecho en mi libro anterior. El tema se convirtió de pronto en poner a prueba la hipótesis de que Jakobs debía ser, en verdad, un subjetivista; una tesis blasfema para el criterio de los jakobsianos ortodoxos. El tema es más bien, entonces, la teoría del ilícito de Jakobs, antes que el desistimiento de la tentativa. Esto es también lo que justifica que la bibliografía esté circunscripta

a autores alemanes, aunque la realmente fundamental se restringe en rigor a poco más de una decena de trabajos de Jakobs, hurgando en cada frase vinculada a la teoría de la tentativa y al quebrantamiento de la norma. Este es el modo que encuentro para introducir a la exposición del trabajo que someto ahora a la consideración del tribunal.

## II. PUNTOS DE PARTIDA

La investigación ha partido, entonces, del interrogante de si la nueva corriente que señala la obra de Günther Jakobs diverge totalmente de los lineamientos de la Escuela de Armin Kaufmann y sus discípulos, en particular, de si el ilícito puede interpretarse ante todo —o en absoluto— como “una conducta externa que perturba”, para que recién a partir de esto pueda habilitarse la pregunta por lo interno<sup>2</sup>, o si, por el contrario, el ilícito es una decisión de acción que el autor abandona definitivamente de su dominio<sup>3</sup>, para lo cual ni siquiera es condición necesaria un ingrediente externo<sup>4</sup>.

Si la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación del contacto social”, si el contenido de ella es, en suma, “una contradicción contra la desautorización de la norma” para “ratificar la vigencia de ésta”, entonces, el contenido del quebrantamiento tiene que fijar el marco de lo correspondientemente *imputable* y *punible*<sup>5</sup>. Dado que la “imputación se origina en la competencia para la propia motivación”, aquello a lo cual podría motivarse, el autor determina también el marco de su posible apartamiento de la norma: entre quebrantamiento de la norma y objeto de motivación hay una correspondencia absoluta<sup>6</sup>. Por ende, si “la imputación culpabilista es la imputación de un defecto *volitivo*”, también debe regir que sólo una decisión de volun-

<sup>2</sup> Cfr. la obra citada en nota inicial (con asterisco), § 1 (en adelante, las remisiones indicadas sin otra aclaración, se refieren a párrafos de ese mismo trabajo).

<sup>3</sup> Cfr. § 2.

<sup>4</sup> Cfr. § 3, I.

<sup>5</sup> Cfr. § 3, II.

<sup>6</sup> Cfr. § 3, II.

tad puede contraponerse a la norma: el ilícito es aquello que podría ser el objeto de una motivación, en caso de concurrir culpabilidad<sup>7</sup>.

Sobre tales bases, la lesión a un objeto de bien jurídico, el "resultado", no puede tener lugar en el concepto de ilícito, porque aquello a lo que el autor se ha motivado negativamente permanece invariado con resultado o sin él: el resultado, entendido como lesión a un objeto de bien jurídico, es hijo de la noción de antijuridicidad entendida de ese mismo modo; para un concepto de ilícito referido a la desautorización de una norma, la función constitutiva del resultado aparece como un cuerpo extraño: la hija adoptiva de una teoría rival<sup>8</sup>. El "resultado" de interés para la teoría de la imputación podría ser transformado en el "daño a la vigencia de la norma": un resultado en sentido "normativo"; pero, entonces, ya no se tratará de un resultado *real*, empíricamente demostrable, sino que a la idea de este daño, "causado" por la acción, le subyace un enunciado analítico; constituye ya una condición de la definición de "quebrantamiento de la norma" —producido exclusivamente por la expresión de sentido del autor, por su acción—, el constituir un daño a la vigencia de la norma<sup>9</sup>. Ahora, con un "resultado" como éste podría estar de acuerdo cualquier subjetivista, dado que aquél está expresado completamente en el disvalor de acción, con independencia del desenlace del hecho; en cambio, el verdadero resultado, en el sentido naturalista, como situación de hecho exterior, no cumple ningún papel en la definición de quebrantamiento de la norma, ni, por ende, en la de ilícito<sup>10</sup>.

La función atribuida, a pesar de ello, al resultado, de confundamentar el ilícito, o de "aumentar su objetivación", es el producto de una concepción animista, de un mundo aún no desmitificado por completo, no dominado enteramente por el Derecho Penal de culpabilidad<sup>11</sup>. El mito del resultado puede definirse en la idea de que las "malas consecuencias" son una manifestación "normativa" del mundo de la naturaleza; ellas

<sup>7</sup> Cf. § 3, II.

<sup>8</sup> Cf. § 4, I.

<sup>9</sup> Cf. § 4, II.

<sup>10</sup> Cf. § 4, II.

<sup>11</sup> Cf. § 5.

indican claramente que ha habido una infracción: los dioses señalan al autor del hecho consumado como *malis perversus* que el autor de tentativa<sup>12</sup>. Bajo una concepción como ésta, la función atribuida al resultado es una conclusión extraída en la forma de la llamada "falacia naturalista": la derivación de conclusiones normativas (éticas), a partir de premisas meramente fácticas (no éticas)<sup>13</sup>. Si se aceptara en toda su extensión que el Derecho Penal de resultado pertenece al mundo del Derecho Penal de la "defraudación por la desgracia de la existencia", en lugar de al mundo de la "defraudación por la voluntad defectuosa", como el Derecho Penal de culpabilidad, sería muy fácil extraer la consecuencia correcta: el Derecho Penal de culpabilidad no tiene cómo hacerle un lugar al disvalor de resultado<sup>14</sup>. Por tanto, la teoría del ilícito ha de ser la teoría de la tentativa.

### III. ANÁLISIS A TRAVÉS DE LAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Durante buena parte de mi investigación en el Instituto de Jakobs tuve la impresión de que detrás de muchas afirmaciones críticas contra los puntos de partida subjetivistas de la vieja Escuela de Bonn se ocultaban divergencias verbales e infinidad de estrategias críticas que no afectaban a la solución de los problemas materiales. Es decir, que podría haber un acuerdo mayor al que se percibía a primera vista. Esto se mantuvo así, mientras no había salido del estudio del *Lehrbuch*<sup>15</sup> —especialmente en materia de tentativa y desistimiento— y de su trabajo —por entonces aún no publicado— *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachlassverhalten* (Desistimiento como modificación del hecho versus genérica conducta posterior al hecho), aparecido posteriormente en el primer número de la *ZStW* de 1992<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cf. § 5.

<sup>13</sup> Cf. § 5.

<sup>14</sup> Cf. § 5.

<sup>15</sup> *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch* (Derecho Penal. Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación - Tratado), 2ª ed., Berlin-New York, 1991.

<sup>16</sup> *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 104 (1992), pp. 82 y sigs.

¿Qué quiero decir con esto?

Hay una serie de problemas de la teoría de la imputación o de la responsabilidad penal, que pueden servir de tests acerca de si la tendencia de un cierto sistema de imputación es preponderantemente subjetivista u objetivista. La solución a determinados casos cumple en la teoría de la imputación un efecto algo similar al que tienen los experimentos en las ciencias empíricas. El "experimento" más significativo de la teoría de la imputación, para poner a prueba si el sistema es objetivista, es el caso de la tentativa inidónea, y, posiblemente, el de la tentativa inidónea de omisión. En parte, también el problema de la producción prematura del resultado durante el lapso en que el autor considera aún insuficiente su plan de acción, y también el desistimiento operado con desconocimiento de esa "consumación anticipada", contraria a los planes del autor. La solución de Jakobs a todos estos temas en su *Lehrbuch* y en la mayor parte de sus publicaciones, es totalmente uniforme.

Mientras la representación del autor se mantenga en el plano de lo "comunicativamente relevante", es decir, si su representación no es enteramente irracional, su ejecución constituye ya un ilícito, una acción punible, en tanto él crea que, mediante su plan de acción, puede producir la consumación. Que ésta se produzca o no es una diferencia inessential, el quebrantamiento de la norma como modelo de orientación del contacto social sigue siendo *perfecto*, por más que objetivamente no haya existido ningún peligro para un bien jurídico. Eso rige aun para el caso de que se trate de un omitente putativo, es decir, aun para quien supone erróneamente que concurren las circunstancias de hecho que generan el deber de realizar una acción de salvamento, y que, sin embargo, permanece inactivo. Ejemplo: un padre desaprensivo cree que lo que se mueve en el agua de modo irregular, es el cuerpo de su hijo que intenta escapar de una corriente peligrosa, y, sin embargo, no intenta el salvamento posible para él. Hay una tentativa inidónea de omisión, punible. Hasta aquí, defender la tesis de que el fundamento del ilícito es la creación de un riesgo no permitido es una formulación correcta, sólo si este dato es entendido como el marco que define el objeto del dolo; si el autor cree que su acción se da en el marco de la creación de aquello que —según la norma— es un riesgo no permitido, o que su omisión deja de neutralizar



un riesgo que —nuevamente según la norma— él debería conjurar, hay un ilícito punible.

A su vez, para el caso de la consumación anticipada, Jakobs contradice la opinión dominante, al decir él que ese resultado no es imputable a título de dolo, porque el autor no conoce todas las condiciones del resultado. Y si antes de reconocer esta producción del resultado desiste, queda impune en la medida de su tentativa, y sólo subsiste la eventual punibilidad por delito imprudente<sup>17</sup>.

Nada de todo esto suena a fundamentación "objetiva" del ilícito en el sentido corriente de la expresión. Ya esto tendría que indicar que el sistema de Jakobs se yergue en verdad como subjetivista. Objetivista, o parcialmente objetivista, es por ejemplo un sistema como el de Zaczyk<sup>18</sup>, que —aunque bajo otro ropaje verbal— quiere recuperar distinciones análogas a las de una tentativa absoluta y relativamente inidónea.

Pero la impresión de que Jakobs es en verdad un subjetivista puede desmoronarse en un segundo, y de hecho así me pasó al cabo de un tiempo en Alemania, cuando di con su intervención en las Jornadas para profesores de Derecho Penal de 1985, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (*Criminalización en el campo previo de una lesión al bien jurídico*), un trabajo que debería haber considerado ya en mi libro anterior. Este trabajo sí es realmente objetivista, en el sentido corriente, al grado de que Jakobs quiso recuperar allí parte de la antigua doctrina del "Derecho de tipo"<sup>19</sup>. Fue "una suerte" no saber de ese trabajo en mi investigación anterior, porque, de haberlo conocido, me habría llevado mucho tiempo contradecir cada uno de sus puntos de vista.

Sus consecuencias, extraídas a partir del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, pueden ser resumidas así:

a) La tentativa que no perturba externamente, especialmente casi todo el marco de la tentativa *no peligrosa*, no

<sup>17</sup> Cf. § 10, II, A.

<sup>18</sup> *Das Unrecht der versuchten Tat (El Ilícito del Hecho Tentado)*, Berlin, 1989.

<sup>19</sup> Un intento de todos modos fugaz, rectificado luego en el *Homenaje a la memoria de Armin Kaufmann: Tätervorstellung und objektive Zurechnung (Representación del autor e imputación objetiva)*, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps 271 y sigs.

podría ser objeto de imputación. Con esto quedaría rehabilitada parte de la antigua teoría del defecto de tipo: no todo sería reemplazable subjetivamente<sup>20</sup>.

b) La criminalización de un comportamiento no podría depender nunca del hecho de que el autor pretendiera posibilitar, mediante determinado acto, la realización de uno futuro, es decir, no podría depender de la *relación de planeamiento*<sup>21</sup>.

Contra la profunda "devastación" del campo de la punibilidad que deberían producir estos principios<sup>22</sup>, son ofrecidos, como recursos de "reforestación", los *delitos de peligro abstracto*, que permitirían la criminalización de conductas estandarizadas, sin considerar los planes internos del autor<sup>23</sup>, y las llamadas *normas flaqueantes*, dirigidas a garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales.

Sin embargo, en "*Kriminalisierung*" fue sentado también un principio fundamental para la imputación, poco compatible con todo lo anterior: el autor no podría invocar una esfera interna, privada, cuando él ya no esté más en situación de desactivar la configuración riesgosa de su esfera de organización. La punibilidad de lo no más dominable es la contrapartida de la libertad de la organización sólo interna; allí, con la "arrogación definitiva", *termina la libertad ciudadana*<sup>24</sup>, porque, si no, padecería la imputación. Este principio desdibuja en verdad todas las restricciones anteriores, porque una vez que el autor toma una decisión de acción posiblemente ya irrevocable para él, abandona —por definición— el control de su hecho. Pero dado que la circunstancia de si su tentativa es peligrosa o no desde el punto de vista objetivo, exterior, es algo que no depende de su control, entonces, quedan dos posibilidades: o bien no es verdad que la tentativa no peligrosa no constituye un ilícito, o bien no es verdad que la libertad ciudadana termina con lo no más dominable.

La cuestión de cuál de los principios antagónicos de "*Kriminalisierung*" ha ganado la batalla se deja contestar muy fácilmente, a mi modo de ver, con la segunda edición del

<sup>20</sup> Cfr. § 6, II, A.

<sup>21</sup> Cfr. § 6, II, B.

<sup>22</sup> Cfr. § 6, II, C.

<sup>23</sup> Cfr. § 6, II, C, 1.

<sup>24</sup> Cfr. § 6, II, C, 2.

Lehrbuch: Jakobs mantiene allí todas las soluciones de la primera edición; es decir, sigue rigiendo el principio de inversión, el error de tipo invertido fundamenta la punibilidad por tentativa, el error de prohibición invertido, un delito putativo. La exigencia de una perturbación externa termina desplazada, pues, por el principio rival: *la libertad ciudadana acaba con el final del dominio del sujeto*.

Se me podría preguntar en tono crítico qué queda, entonces, de la regla de Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*, un principio fundamental de nuestras tradiciones penales. Claro que constituye un principio fundamental, como también lo es la regla *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, debida a un rescripto de Adriano. La pregunta es, entonces, si estos principios son armonizables.

Mi respuesta reza así: incluso el principio del hecho puede ser formulado subjetivamente. De modo negativo: no es alcanzable por el Derecho Penal ninguna decisión de voluntad que, para el propio autor, no se dirija ya a lo exterior (*cogitationis poenam nemo patitur*); de modo positivo: es alcanzable por el Derecho Penal la decisión de voluntad que, según la representación del autor, ya signifique una arrogación actual, definitiva (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)<sup>28</sup>.

Por consiguiente, el principio del hecho no impone que exteriormente no suceda nada, ni siquiera el movimiento corporal. Lo que impone es que el autor acepte que puede suceder algo exterior. Y que esto es así lo pone de manifiesto, justamente, la tentativa inidónea de omisión. Si el principio del hecho debiera imponer una perturbación exterior efectiva —no sólo representada—, al menos la situación generadora del deber de obrar debería existir realmente. Pero esto no es así en el sistema de Jakobs, dado que, en efecto, él no ha modificado el hecho de que el padre que omite el salvamento cuando cree que su hijo está en peligro, responde por tentativa de omisión, agregando él, con relación a este caso: "La objetivación de una conducta puede ser determinada solamente en vistas a lo querido por el autor"<sup>29</sup>.

A su vez, Jakobs mantiene inalterado que en la tentativa inacabada una parte del hecho se remite al futuro, y, por

<sup>28</sup> Cfr. § 7.

<sup>29</sup> Lehrbuch (cit.), ps. 297/14 (destacado por mí).

cierto, según lo que el autor piensa hacer después, por tanto, la relación de planeamiento es constitutiva del ilícito. Un definitivo adiós a los intentos objetivistas, externalizantes, de "*Kriminalisierung*".

Pero el giro completamente subjetivista, no sólo en contra de las tesis extremas de "*Kriminalisierung*", sino también en contra de los puntos de vista intermedios del *Lehrbuch*, se concreta en su trabajo sobre desistimiento. Según Jakobs, el autor puede desistir mientras —según su representación— gobierne con seguridad todos los riesgos, concretamente, mientras él mantenga en su poder la posibilidad de evitar la consumación. Esto se da por definición en la tentativa inacabada mientras no esté fracasada, porque ella es —como dije— un rudimento, en la que una parte del hecho se remite al futuro. ¿Puede haber, en cambio, un desistimiento de la tentativa acabada? Si uno lee las palabras de Jakobs, creerá que él contesta afirmativamente. ¿Cuándo? Sólo en el caso de que el autor se haya reservado una posibilidad segura de revocación. Ahora, si uno incorpora la existencia de la posibilidad segura de revocación como elemento negativo del concepto de tentativa acabada, entonces, Jakobs no reconoce ninguna posibilidad de desistir de una tentativa acabada, porque la tentativa con posibilidad segura de revocación es una tentativa que acabará por omisión, cuando el autor permanezca inactivo en el momento en que acepte que ya pueda perder el control de impedir la consumación<sup>27</sup>.

Se podría plantear la pregunta de si esta solución es compatible con el § 24, StGB (Código Penal alemán), dado que las alternativas de la impunidad por desistimiento tanto cuando el autor abandona el hecho, como cuando impide su consumación, se fundan —según el origen del texto y la tradición de la doctrina—, en la diferencia entre tentativa inacabada y acabada, respectivamente. Contra esto, Jakobs da una respuesta sencilla: la eliminación segura del riesgo creado es una conducta de desistimiento sólo cuando el autor se ha reservado de modo cierto la posibilidad de esta eliminación, cuando ésta ni siquiera en parte se da por circunstancias afortunadas. Todo riesgo del que el autor ha quedado desligado, sea por un fracaso prematuro, sea por el abandono al azar de la posibilidad de consumación, implica necesaria-

<sup>27</sup> Cfr. § 11, III.

mente —supuesto que no se llegue a la consumación— una tentativa *fracasada*. En tal caso, el autor ni abandona el hecho en la medida de ese riesgo, ni impide su consumación (§ 24, párr. 1, 1ª oración, StGB)<sup>28</sup>. Lo que está detrás de las alternativas del § 24, por ende, es la diferencia entre el desistimiento omisivo de la tentativa inacabada de comisión (abandonar el hecho) y el desistimiento activo de la tentativa, (igualmente inacabada, de omisión (impedir su consumación). Esta respuesta se ajusta plenamente a los códigos latinoamericanos y español, que siguieron la tradición del *Code Pénal*, dado que el autor que pierde el control sobre la evitabilidad de la consumación, fracasa, al menos en alguna medida, por circunstancias ajenas a su voluntad. En conclusión: la tentativa acabada no es desistible<sup>29</sup>.

La otra pregunta es de carácter material, no de Derecho positivo. ¿Hace falta una interpretación tan restrictiva del desistimiento excusante? ¿Hay razones de justicia decisivas para esto, que no sean la tozudez de coronar a la tentativa acabada como el modelo del hecho punible?

Para hablar de desistimiento, la opinión corriente se conforma con una *chance* de salvamento dada por casualidad, incluso si ella no es totalmente segura y por más que ni siquiera sea utilizada en todo su alcance: sólo haría falta que sea exitosa. Este dominio de la cláusula bairda "final bueno, todo bueno" genera dos contradicciones valorativas insuperables. La primera la demuestra el hecho de que las medidas de evitación que podrían neutralizar el riesgo sin seguridad, mantienen el hecho como tentativa punible si son predispuestas antes de la ejecución del hecho, pero conducen a la impunidad mientras siga habiendo un final feliz, si son empleadas después. La segunda contradicción la muestra la dogmática del delito de omisión. Pues quien genera un riesgo no permitido es el prototipo del garante por inferencia; si él no emplea la mejor capacidad de evitación a su alcance, consiente en la subsistencia de un riesgo restante, resuelto por azar: una tentativa por omisión, fracasada, que no desaparece por el éxito eventual del medio mezquino<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cf. § 11, V, B, 1.

<sup>29</sup> Cf. § 11, V, B, 1.

<sup>30</sup> Cf. § 11, V, B, 1.

Contra ambas contradicciones valorativas rige: un peligro que es suficiente para la tentativa si el autor lo crea a sabiendas, excluye el desistimiento si lo mantiene a sabiendas; si la casualidad debiera beneficiar, sería mejor que el Derecho penal suprimiera totalmente la punibilidad de la tentativa, y regresara a la sociedad antigua, con su responsabilidad por el resultado. Así rezan las correctas palabras de Jakobs<sup>21</sup>.

Ahora acoto: si todo comportamiento posterior a la aceptación de incluso sólo una posibilidad de perder la influencia en el mundo futuro es tratado como conducta posterior al hecho, sólo cabe una conclusión: no es el resultado efectivo el que integra el concepto de acción y de ilícito, sino solamente la convicción del autor de que existe la posibilidad de que el resultado se produzca. En otras palabras: si la evitación tardía del resultado no puede "modificar el hecho", la producción del resultado tampoco puede hacerlo; o sea: la consumación es "posterior al hecho"; el hecho es la tentativa acabada<sup>22</sup>.

Está claro que el éxito de una acción de salvamento no es suficiente; pero ocurre que ni siquiera es necesario, porque, en razón de que el autor cumple las exigencias del tipo de desistimiento ya antes de la evitación misma del resultado —revocando su dolo—, queda superado el problema del llamado "desistimiento fracasado". El desistimiento está perfecto cuando se interrumpe la ejecución (omitiendo) o la omisión (actuando), antes de haber sido asumida la posibilidad de consumación. Toda producción del resultado ocurrida a pesar de esto sería un caso de "consumación anticipada", imputable sólo bajo las condiciones del delito imprudente<sup>23</sup>. La tentativa como tal queda impune, porque —y lo digo de nuevo con las subjetivistas palabras de Jakobs— "la naturaleza del resultado producido es de cualquier modo, subjetivamente, casualidad"<sup>24</sup>. En definitiva: mientras para el autor subsista la alternativa de evitar el hecho con seguridad o producir la consumación (o dejar que se produzca), con las mismas chances de éxito, puede desistir, porque, al interrumpir la ejecución,

<sup>21</sup> Rücktritt (cit.), ps. 97 y sigs.

<sup>22</sup> Cfr. § 11, V, A.

<sup>23</sup> Cfr. § 11, V, B, 2, in limine.

<sup>24</sup> Lehtováčá (cit.), 25/a. 23 a (destacada en el original sólo parcialmente).

"abandona el hecho doloso"<sup>25</sup>, y, al ponerse a realizar la acción tendiente a evitar el resultado, "impide la consumación dolosa"<sup>26</sup>.

Si Armin Kaufmann hubiera tenido un discípulo dedicado a trasladar a la dogmática del desistimiento los puntos de vista válidos para la fundamentación del ilícito, habría debido hacerlo con las palabras de Jakobs. Se dice que Armin Kaufmann era afecto a recomendar el libro de Burkhardt<sup>27</sup> en materia de desistimiento, quien, justamente, defiende, como Jakobs, la teoría de la consideración individual más estricta<sup>28</sup>. Y esa solución propuso Reinhold Herzog, a fines del siglo pasado, en una obra poco conocida y menos considerada, pero diáfana: "El camino que conduce a destino del modo más sencillo y simple [decía él en 1889], es más bien el establecer una disposición legal general, aplicable a todos los delitos particulares, sobre la 'consumación del delito', en el sentido de la ley. Ella debería rezar aproximadamente así: § a. *La acción punible está consumada, en el sentido de la ley, en el instante en que el autor pierde el dominio sobre las consecuencias de su conducta, sobre la producción del mal delictivo*"<sup>29</sup>. Esto vale tanto como decir que la tentativa acabada es el prototipo del hecho punible.

En conclusión: tentativa inacabada y acabada infringen normas distintas, flanqueante la una, principal la otra. Sólo la infracción a normas flanqueantes, de legitimidad precaria, imperfectas, puede ser desistida. El ilícito de la tentativa inacabada y acabada son, por ende, estructural y esencialmente distintos<sup>30</sup>.

Esto es lo fundamental de mi investigación. Lo demás es secundario. Resumo aquí los temas restantes.

<sup>25</sup> Cf. § 11, V, B, 2, a.

<sup>26</sup> Cf. § 11, V, B, 2, b.

<sup>27</sup> *Der "Wächter" als Rechtsfolgebegründung. Eine Untersuchung der Abgrenzungsprobleme von beendeten im unvollendetem Versuch (El "desistimiento" como disposición sobre las consecuencias jurídicas. Una investigación mediante el problema de delimitación entre tentativa acabada e inacabada)*, Berlin, 1975.

<sup>28</sup> Acerca de las clasificaciones en materia de múltiples situaciones en el ámbito del desistimiento, cf. § 12, 1.

<sup>29</sup> *Rechtstritt vom Versuch und thätiger Reue (Desistimiento de la Tentativa y Arrepentimiento Activo)*, Würzburg, 1889, p. 191.

<sup>30</sup> Cf. §§ 10 y 11, *passim*.

En primer lugar, la punibilidad de la tentativa. ¿Cuándo se debería aplicar la reducción de la pena de una tentativa? La primera constelación de casos aparece ya como obvia. Mientras el autor no haya llegado al acabamiento de la tentativa su infracción a una norma meramente flanqueante, una infracción incompatible con la consumación dolosa, debe conducir obligatoriamente a la reducción de pena, preferentemente, a la reducción del marco penal en sí mismo. Pero hay también casos de tentativa acabada que merecen la atenuación. Una solución contraria al criterio de Armin Kaufmann, pero que hoy veo como evidente, en contra de lo que creí en mi investigación anterior. Siempre que el fracaso de la tentativa pueda imputarse a la imprudencia del autor al ejecutar o concebir su plan de acción, una "imprudencia invertida", que lo desgrava, él merece la reducción de la reacción penal. Si esta imprudencia es tan grave que hace imposible una consumación a título de dolo, entonces la situación es correspondiente a la de la tentativa inacabada, y la reducción debe llegar, por ello, preferentemente, hasta la aplicación de un marco atenuado. Si la imprudencia no es tan grave, de tal modo que el hecho podría o bien haber quedado en tentativa o bien consumarse, no debe haber ningún cambio del marco penal, sino una ponderación de esta imprudencia en la medición de la pena, del mismo modo que habría que hacerlo así si el hecho realmente se consuma. Es decir, el resultado, como tal, no debe jugar absolutamente ningún papel ni siquiera para la punibilidad<sup>41</sup>.

Tras ello, la investigación de una solución cercana a la de Jakobs en materia de tentativa irreal y supersticiosa<sup>42</sup>, y cercana también a la de mi libro anterior<sup>43</sup>. Sólo hay ligeros cambios de formulación. No es que Jakobs sostenga aquí una solución objetivista, como creen sus seguidores. Si es verdad que se opone a la solución de Armin Kaufmann —y con razón, dado que él veía aun en estos proyectos de acción una ilícita, eventualmente no necesitado de punición, pero un ilícito al fin<sup>44</sup>—.

Que Jakobs excluya del ilícito a la tentativa completamente irracional, comunicativamente irrelevante, no se debe

<sup>41</sup> Sobre todo esto, cfr. en detalle § 13.

<sup>42</sup> Al respecto, cfr. en detalle § 14, *passim*.

<sup>43</sup> *Teoría del Delito*, ps. 487 y sigs.

<sup>44</sup> Respecto de la posición de Armin Kaufmann y Zielinski, cfr. con diversas referencias y observaciones críticas, § 14, I, A y B.



a una solución objetivista, externalizante<sup>45</sup>. Objetivo es, solamente, el criterio con el que se juzga el objeto: la representación del autor, no el peligro exterior. Es decir, que lo objetivo es la norma, la valoración del objeto, no el objeto de la valoración, que sigue siendo subjetivo. Y esto lo demuestra el hecho de que aun en la tentativa irreal puede haber un peligro externo, pero en todo caso no imputable a la representación del autor, al dolo. Ejemplo: el autor creía poder matar al hombre de adelante soplando con fuerza una cerbatana que había cargado con granos de arroz, pero alguien había cambiado el cargamento inocuo por minúsculos dardos envenenados. El autor irreal sopla y mata. Este curso objetivo, la muerte, no se puede imputar a su dolo. Porque su representación (un contenido subjetivo) debe ser juzgada tal cual era: a lo sumo habrá una tentativa por burda incompreensión, o burda insensatez<sup>46</sup>, probablemente, más bien, ni siquiera eso (ningún ilícito doloso). El peligro objetivo, realmente existente, es irrelevante<sup>47</sup>.

Finalmente, rechazo la posibilidad de aceptar fracturas entre conocimiento e imputación, especialmente rechazo la llamada "ceguera de hecho" —legataria de los esfuerzos de Meager y Hall por penar el error evitable de prohibición sin abandonar la teoría del dolo<sup>48</sup>—, pero no descarto que el contenido normativo del dolo pueda traducirse en la cabeza del autor —al igual que como sucede con los elementos normativos del tipo— de un modo distinto<sup>49</sup>. Si el caso del terrorista que atropella a una barrera policial delante de la cual hay un guardia civil<sup>50</sup>, puede ser tratado como una conducta con dolo de homicidio, aunque falte la representación del elemento muerte, en todo caso será así, si es que lo es, precisamente porque hubo una representación efectiva de que había una barrera que cerraba el paso, de que había un policía delante

<sup>45</sup> Respecto de la posición de Jakobs, *cf.*, con diversas referencias, § 14, II, B.

<sup>46</sup> En los términos del art. 44, último párrafo, *Cód. Pen. arg.*: "delito imposible".

<sup>47</sup> *Cf.* § 14, II, C.

<sup>48</sup> Sobre estos antecedentes, *cf.*, con diversas referencias, § 15, IV, B, 1.

<sup>49</sup> Acerca de la fundamentación de la solución, *cf.* § 15, IV, B, 3.

<sup>50</sup> Con variaciones, un caso permanentemente dado por Jakobs en este contexto. Respecto de su posición y crítica detallada, *cf.* § 15, IV, B, 2.

de ella, y de que la barrera era atropellada con un automóvil conducido a alta velocidad. Si faltara esta base psicológica, "naturalista" —subrayo esto—, fallaría también la posibilidad de atribuir el hecho doloso. Contra esta objeción sólo he recibido de Jakobs la respuesta sonriente: "bueno... sí, una base psicológica siempre hay".

#### IV. CONCLUSIONES

Pues bien. No habré de fatigar más al tribunal con un resumen de todas las conclusiones<sup>51</sup>. Creo que podrá bastar con utilizar la versión literal del último punto de mi trabajo.

La solución ofrecida, de armonizar la teoría del ilícito (imputación negativa) con la impunidad por desistimiento (imputación positiva), se corresponde plenamente con una explicación del hecho punible como perteneciente al mundo de la "defraudación por la voluntad defectuosa". La imputación de "resultados", en cambio, pertenece al mundo de la "defraudación por la desgracia de la existencia", al que es ajeno el principio de culpabilidad.

Esta imputación es comprensible en un mundo dominado por la interpretación social de la naturaleza, en el que los dioses tienen aún la misión de señalar quién ha "obrado mal" (la magia causal). En tanto uno se desligue de la confusión entre leyes naturales y leyes normativas, es decir, en cuanto acepte que los sucesos ocurren, al menos en parte, también sin intervención de una voluntad, podrá desmitificar a la imputación de ingredientes causales, y atribuir sólo la "toma de posición del autor ante la norma", su "defecto de voluntad". Esa atribución dice, en fin: "tú has obrado mal", no: "tú has tenido mala suerte"<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Para el resumen de las conclusiones, cfr. § 17; las que se transcriben seguidamente, pertenecen al § 17, V.

<sup>52</sup> Las objeciones principales que recibió la tesis tras la lectura de esta exposición, por parte de los miembros del tribunal examinador, son expuestas en apretada síntesis, con las respectivas réplicas del autor, en el "Epílogo a la edición castellana" de la obra a publicarse (referencias de publicación en nota inicial).